UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

LUCAS FREDERICO VIANA AZEVEDO

O HIATO DE LEGALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Belo Horizonte
2017

LUCAS FREDERICO VIANA AZEVEDO

O HIATO DE LEGALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: História, Poder e Liberdade.
Projeto Coletivo: Direito, Moral e Laicidade: intersecções com ciência e tecnologia.
Área de Estudo: Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade.

Orientador: Prof. Dr. Túlio Lima Vianna.

Apoio: Bolsa da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Programa de Excelência Acadêmica (PROEX)

Belo Horizonte
2017

Azevedo, Lucas Frederico Viana
A994h O hiato de legalidade do regime disciplinar prisional do estado de Minas Gerais / Lucas Frederico Viana Azevedo – 2017.

Orientador: Túlio Lima Vianna.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Prisões–Teses 3. Prisioneiros 4. Execução penal – Brasil I. Título

CDU (1976) 343.81(815.1)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

O HIATO DE LEGALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por

Lucas Frederico Viana Azevedo

Dissertação de Mestrado submetida à apreciação da banca examinadora como requisito parcial para conclusão do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes membros:

_____

Prof. Dr. Túlio Lima Vianna (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

_____

Prof. Dr. Júlio César Faria Zini (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

_____

Prof. Dr. Antônio de Padova Marchi Júnior (Titular)
Centro Universitário de Belo Horizonte

_____

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, 30 de Agosto de 2017.

À minha amada família e queridos amigos.
Obrigado pelo incondicional apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

De forma geral agradeço a todos os que fizeram parte da minha vida e que de alguma forma me influenciaram até esse momento, mas nessa trajetória, notadamente ao que concerne a aventura que foi o meu mestrado, tenho que destinar alguns agradecimentos especialíssimos a algumas pessoas essenciais à minha vida e à elaboração dessa dissertação. Assim, agradeço encarecidamente:

Ao meu orientador Túlio Lima Vianna, que acreditou nesse projeto e, sempre com muita simpatia e bom humor, me ajudou a construir esse trabalho como ele é hoje. Obrigado pelas inesquecíveis lições.

Aos meus pais, Altair e Maria Aparecida, que com muito amor e atenção sempre me apoiaram, servindo como porto seguro e conselheiros certeiros. Amo vocês.

Aos meus irmãos, Thales e Jéssica, amigos e confidentes para toda a vida.

Ao Tio Nando e a Tia Fi, meu segundo pai e minha segunda mãe. Obrigado por tudo.

Aos amigos da Faculdade de Direito da UFMG, Farley, Breno, Adriano, Álvaro, Daniel e Luiza (*in memoriam*), sempre dispostos a discutir minhas loucuras.

Ao grupo de penal da DAJ-UFMG, Laura, Ana Victória e Thais, com quem compartilho as desventuras e alegrias da prática forense. Obrigado pelo apoio.

Aos demais orientandos do Túlio, sempre receptivos e engajados. Eu não poderia escolher um grupo melhor.

E, por fim, à Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que pelo seu Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) financiou essa pesquisa.

"We are firm in our resolve and we demand, as human beings, the dignity and justice that is due to us by right of our birth. We do not know how the present system of brutality and dehumanization and injustices has been allowed to be perpetrated in this day of enlightenment, but we are the living proof of its existence and we cannot allow it to continue. The taxpayers who just happen to be our mothers, fathers, sisters, brothers, daughters and sons should be made aware of how their tax dollars are being spent to deny their sons, brothers, fathers and uncles of justice, equality and dignity."[1]

Attica Liberation Faction Manifesto of Demands[2].

"Dizem que não se conhece um país realmente até que se esteja em seus cárceres. Não se deve julgar uma nação por como trata seus cidadãos mais privilegiados, mas os mais desfavorecidos [...]*"*

Nelson Mandela em sua autobiografia "Longa caminhada até a liberdade".[3]

---

[1] *The Attica Liberation Faction Manifesto of Demands*. In: Race & Class, vol. 53, 2: pp. 28-35. First Published September 12, 2011. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0306396811414338>; acessado em 12/07/2017.

[2] O trecho transcrito é a conclusão apresentada pelo manifesto de demandas dirigido ao então *commissioner of corrections* Russell Oswald e ao governador do Estado de Nova York Nelson Rockefeller pela *Attica Liberation Faction*, um grupo de prisioneiro da Unidade Correcional de Attica (*Attica Correctional Facility*). O manifesto, entregue em 02 de julho de 1971, continha 27 demandas que insurgiam principalmente contra a brutalidade e a desumanidade dos tratamentos dado aos reclusos na Unidade Correcional de Attica. No mesmo ano essa unidade prisional entrou para a história pelo desfecho trágico de uma rebelião de presos ali ocorrida. A rebelião, que teve início no dia 9 de setembro de 1971 quando presos tomaram o controle da unidade prisional, desenvolveu-se principalmente por reivindicações por melhores condições de tratamento aos presos na unidade, que eram constantemente maltratados e humilhados pelos carcereiros. Após cinco dias em que os presos e as autoridades governamentais negociaram o cumprimento das exigências e o fim pacífico daquele episódio, a rebelião foi contida, sob ordem do governador Nelson Rockefeller, por uma violenta intervenção policial que resultou em 43 mortes e mais de 80 feridos.

[3] MANDELA, Nelson. Longa Caminhada até a liberdade. Tradução Paulo Roberto Maciel Santos. – Curitiba, PR: Nossa Cultura, 2012.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar e desvelar a dinâmica de restrições e controle, imposta através do regime disciplinar prisional, aplicado no estado de Minas Gerais pelos dispositivos da Lei de Execução Penal e pelo *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais* (ReNP-MG), aos indivíduos reclusos (a título definitivo ou provisório) pelo aparelho estatal de execução das medidas de privação da liberdade. Nesse estudo, observa-se que o regime disciplinar, objetivando o controle estatal do conjunto de coisas, pessoas e pretensões envolvidas na complexa e tensa tarefa de concretização das medidas coercitivas de privação de liberdade, busca precipuamente manter a ordem e a disciplina das atividades e relações desenvolvidas no âmbito dos estabelecimentos prisionais. Para tal, a atuação da administração prisional, investida do que Michel Foucault desvelou como poder disciplinar, é instrumentalizada com a capacidade de impor uma série de restrições que, ao ordenar diferentes aspectos da rotina e do comportamento dos presos, excedem o conteúdo manifesto do título executivo penal (restrição ao direito de locomoção), limitando, proibindo e inibindo as ações dos reclusos, através de mecânicas disciplinares de vigilância e normalização. Esse controle de rotina e de comportamento, embora seja em certa medida indispensável e natural ao cumprimento da pena privativa de liberdade e da prisão provisória, é utilizado para impor uma série de situações e restrições que violam a dignidade e o direito dos presos. Assim, nota-se que é corriqueiro o emprego do poder disciplinar por meio de intervenções e restrições que fogem aos parâmetros de legalidade e humanidade, objetivando interesses (oficiais ou subterrâneos) da administração prisional e de seus agentes. Isso é possível pela ampla discricionariedade disponível à administração prisional em razão, conforme demonstrado pela presente dissertação: da própria distribuição do poder disciplinar que definiu o protagonismo da administração prisional na definição e aplicação do regime disciplinar prisional; da ausência de efetivo controle externo das medidas disciplinares estabelecidas intramuros; e, principalmente, do hiato de legalidade existente na regulamentação dessa matéria, diante da escassez de normas sobre determinadas situações, a indeterminação e a vagueza de alguns dispositivos e, no caso do ReNP-MG, até mesmo a inobservância de requisitos formais na constituição do regulamento disciplinar.

Palavras-chave: Direito da Execução Penal. Direito Penitenciário. Direitos e Deveres dos presos. Disciplina Prisional. Administração prisional. Hiato de Legalidade.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze and reveal the dynamics of restrictions and control imposed through the disciplinary procedure applied to the inmates by the state apparatus of freedom deprivation execution in the State of Minas Gerais by the Brazilian Criminal Execution Law and by the *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais* - ReNP-MG (translated as 'Procedures Rules of the Prison System of Minas Gerais'). In this study it is acknowledged that the disciplinary procedure seeks above all to maintain the order and discipline of activities and relationships developed in prisons, objectifying, by this, the state control of the set of things, people and pretensions involved in the complex and tense implementation of coercive measures of liberty deprivation. To this end, the work of the prison administration, invested with what M. Foucault has revealed as a disciplinary power, is instrumented with the capacity to impose a series of restrictions that, exceed the manifest content of the criminal enforcement order (restriction on the right of locomotion), ordering different aspects of prisoners' routine and behavior by limiting, prohibiting and inhibiting the actions of prisoners through disciplinary surveillance and standardization mechanics. This control of the routine and behavior of prisoners, although it is in some measure indispensable and natural to the fulfillment of the liberty deprivation, is used, however, to impose a series of situations and restrictions that violate the dignity and the right of the prisoners. Thus, it is commonplace that the disciplinary power is used to attend to the interests (official or undergrounded) of the prison administration and its agents is through interventions and restrictions that escape the parameters of legality and humanity. This is made possible by the wide discretionary power available to the prison administration, as demonstrated by the present dissertation, by the own distribution of disciplinary power, that defined the leading role of the prison administration in the definition and application of prison discipline, but mostly by the absence of effective external control of disciplinary measures and, mainly, by the lack of legality, who exists in the regulation of this matter due to the scarcity of norms, the uncertainty and the vagueness of some rules, and also, in the case of ReNP-MG, for the nonobservance of formal requirements in the constitution of the disciplinary regulation.

Keywords: Criminal Execution Law. Penitentiary Law. Rights and duties of prisoners. Prison Discipline. Prison administration. Lack of Legality.

RESUMEN

La presente disertación tiene como objetivo analizar y desvelar la dinámica de restricciones y control impuesta a través del régimen disciplinario penitenciario aplicado en el estado de Minas Gerais, por los dispositivos de la Ley de Ejecución Penal Brasileña y por el *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais* (ReNP - MG), a los individuos reclusos (sea a carácter definitivo o provisional) en el aparato estatal de ejecución de las medidas de privación de libertad. En ese estudio se observa que el régimen disciplinario busca sobre todo mantener el orden y la disciplina de las actividades y las relaciones desarrolladas en el ámbito de las cárceles, objetivando el control estatal del conjunto de cosas, personas y pretensiones involucradas en la compleja y tensa tarea de concreción de las medidas coercitivas de privación de libertad. Para eso, la actuación de la administración penitenciaria, investida de lo que M. Foucault desveló como poder disciplinario, es instrumentalizada con la capacidad de imponer una serie de restricciones que, al ordenar diferentes aspectos de la rutina y del comportamiento de los presos, exceden el contenido manifiesto del título ejecutivo penal (restricción al derecho de locomoción) limitando, prohibiendo e inhibiendo las acciones de los reclusos, a través de mecánicas disciplinarias de vigilancia y normalización. Este control de la rutina y del comportamiento de los presos, aunque es en cierta medida indispensable y natural al cumplimiento de la privación de libertad, se utiliza, sin embargo, para imponer una serie de situaciones y restricciones que violan la dignidad y el derecho de los presos. Así, se nota que es corriente la utilización del poder disciplinario para atender a los intereses (oficiales o subterráneos) de la administración penitenciaria y de sus agentes. Lo que se hace posible por la amplia discrecionalidad disponible a la administración penitenciaria en razón, como demuestra la presente disertación: de la propia distribución del poder disciplinario que definió el protagonismo de la administración penitenciaria en la definición y aplicación del régimen disciplinario; de la ausencia de efectivo control externo de las medidas disciplinarias; y, principalmente, del hiato de legalidad existente en la reglamentación de esa materia ante la escasez de normas, la indeterminación y la vaga de algunos dispositivos, y, en el caso del ReNP-MG, incluso la inobservancia de requisitos formales en la constitución del reglamento disciplinario.

Palabras clave: Derecho de la ejecución penal. Derecho Penitenciario. Derechos y deberes de los presos. Disciplina penitenciaria. Administración penitenciaria. Hiato de Legalidad.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIAÇÕES

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
ATJ	Analista Técnico Jurídico
CD	Conselho Disciplinar
CEMG/89	Constituição do Estado de Minas Gerais e 1989
CI	Comunicado Interno
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/67	Constituição da República Federativa do Brasil de 1967
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTC	Comissão Técnica de Classificação
DAJ/SAPE	Diretoria de Articulação do Atendimento Jurídico e Apoio Operacional da Superintendência de Atendimento ao Preso
ed.	edição
inc.	inciso
LEP	Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984)
LEP-MG	Lei de Execução Penal do estado de Minas Gerais (Lei Estadual MG nº 11.404 de 25 de janeiro de 1994)
ONU	Organização das Nações Unidas
PADP	Procedimento Administrativo Disciplinar Prisional
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
REDIPEN	Regimento Disciplinar Penitenciário
REDIPRI-MG	Regimento Disciplinar Prisional do estado de Minas Gerais
ReNP-MG	Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais
séc.	século
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO *13*

1 OBRIGAÇÕES INTRAMUROS: A INFLUÊNCIA DA DISCIPLINA PRISIONAL SOBRE OS DIREITOS DOS PRESOS *24*

1.1 Princípio da humanidade **25**

1.1.1 O Princípio da Humanidade Positivado 27

1.1.2 Conclusões à realidade brasileira 32

1.2 Relação de Poder da Execução Penal: obrigações e direitos dos presos **34**

1.2.1 Obrigações dos Presos: as restrições manifestas e latentes aplicadas pela execução penal 35

1.2.2 O reconhecimento do preso como sujeito de direitos 40

1.2.3 Os Direitos dos Presos 46

1.2.4 Condicionamentos e Relativizações dos direitos dos presos 52

1.3 A disciplina prisional como instrumento de efetivação e controle interno da execução penal **55**

1.3.1 Poder Disciplinar e Disciplina Prisional 57

1.3.2 A Normalização do Recluso pelo Tratamento Prisional 61

1.3.3 Disciplina prisional e o Poder Normalizante 65

1.3.4 As Restrições Latentes da Disciplina Prisional 70

2 REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS *73*

2.1 Fundamentos da Disciplina Prisional Aplicada no Estado de Minas Gerais. **80**

2.1.1 Os deveres e direitos dos presos no Estado de Minas Gerais. 81

2.1.2 A distribuição do Poder Disciplinar Prisional no Estado de Minas Gerais 87

2.1.3 Quem está Sujeito a Disciplina Prisional Aplicada no Estado de Minas Gerais? 95

2.2 A Coerção disciplinar: as formas e procedimentos de normalização pela punição da indisciplina **101**

2.2.1 As Faltas Disciplinares Aplicadas no Estado de Minas Gerais 103

2.2.2 As Sanções Disciplinares Aplicadas no Estado de Minas Gerais 106

2.2.3 O procedimento administrativo disciplinar prisional aplicado no Estado de Minas Gerais 118

2.3 Da Concessão de Benefícios/Recompensas: as premiações por bom comportamento **137**

2.3.1 O Elogio 137
2.3.2 A Concessão de Regalias 138
2.3.3 A Errada Confusão Entre Benefício e Direito 141
3 A LEGITIMIDADE INTERNA E EXTERNA DA DISCIPLINA PRISIONAL 143
3.1 O princípio de separação entre direito e moral 147
3.2 A Influência das Doutrinas de Justificação Externa da Pena Sobre o Regime Disciplina Prisional 154
3.2.1 Teorias positivas da pena 158
3.2.2 Teoria negativa da pena 174
3.3 A (i)legitimidade interna do objetivo ressocializador da pena 178
3.3.1 O Estado pode forçar a ressocialização do apenado? 180
4 O HIATO DE LEGALIDADE DAS NORMAS DICIPLINARES PRISIONAIS 188
4.1 Inconstitucionalidade formal dos regulamentos disciplinares prisionais do Estado de Minas Gerais 195
4.1.1 Direito penitenciário e as normas de disciplina prisional 196
4.1.2 A Competência Constitucional para legislar sobre Direito penitenciário. 198
4.1.3 Quem pode legislar sobre direito penitenciário no Estado de Minas Gerais? 200
4.1.4 A elaboração dos regulamentos disciplinares prisionais pelos Secretários de Estado responsáveis pela administração prisional. 201
4.1.5 A Inconstitucionalidade Formal dos Regulamentos Disciplinares Prisionais do Estado de Minas Gerais 206
4.2 Legalidade material das normas de disciplina prisional 208
4.2.1 Função Limitadora do Princípio da Legalidade 209
4.2.2 Fundamentos e Conteúdos do Princípio da Legalidade na Execução Penal 214
4.2.3 A anterioridade das normas de disciplina prisional 217
4.2.4 *O nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* e as normas dos regulamentos disciplinares prisionais 221
4.2.5 A Taxatividade das Faltas e Sanções da Disciplina Prisional 225
4.2.6 Limites de Interpretação das Normas de Disciplina Prisional 231
4.2.7 Princípio da Legalidade como Limite ao Poder Disciplinar 234
5 A FLEXIBILIZAÇÃO DA PENA PELA DISCIPLINA PRISIONAL 237
5.1 Resgate do Princípio de Jurisdicionalização da Execução Penal 245
6 CONCLUSÃO 249
7 BIBLIOGRAFIA 255

INTRODUÇÃO

A história do homem registra um violento, cruel e sanguinolento caminho no desenvolvimento das relações oriundas da antítese delito-pena. Um olhar superficial sobre as relações que motivam o exercício do poder punitivo já é suficiente para explicitar a extraordinária capacidade e perversidade da mente humana na elaboração de meios que acometem mal aos seus pares, seja realizando condutas lesivas ao direito alheio (ou que os coloque em perigo), seja na retribuição a essas condutas pela aplicação de castigos e penas. Como se pode observar nas diversas formas desenvolvidas pelo seres humanos para tirar a vida de outrem; como: afogamento, apedrejamento, arrastamento, asfixia, fuzilamento, crucificação, decapitação, degolamento, desmembramento, devoramento, empalamento, enforcamento, envenenamento, escaldação, escalpelamento, esfaqueamento, esfolamento, esmagamento, espancamento, esquartejamento, estrangulamento, guilhotinado, por escafismo, por hemorragia, por inanição, por injeção letal, por *lingchi* (morte por mil cortes), por roda de despedaçamento (*breaking wheel* ou *Catherine Wheel*), queimação, sufocamento, tortura, entre tantas outras maneiras; que evidenciam que não só os delitos exprimem a perversidade de alguns homens, mas também a cominação de castigos e penas, meio pelo qual o ser humano desenvolveu e exerceu o seu lado mais atroz, afinal, todas as práticas mortíferas elencadas acima já foram ou ainda são utilizadas como métodos legítimos de punição. Alguma delas, inclusive, pensadas e aplicadas exclusivamente para esse fim. O que permite L. Ferrajoli (2010) afirmar que a história das penas é ainda mais cruel que a própria história dos delitos.

> A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos. (FERRAJOLI, 2010, p. 355)

É verdade, conforme explica M. Foucault (2009), que a grande maioria das penas aflitivas elencadas acima desapareceu com a mudança das mecânicas de punição ocorrida entre o final do século XVIII e o começo do século XIX, quando o sistema punitivo

gradativamente substituiu as técnicas de expiação e exemplificação embasadas no sofrimento espetaculoso das penas aflitivas, por modelos voltados principalmente a constrição e emenda de estados anímicos socialmente dissonantes. Nessa transição, explica o autor, o *corpo* deixou de ser o alvo principal do aparato de repressão penal, que, a partir da *redistribuição da economia do castigo*, é direcionado à correção da *alma* (entende-se: dos elementos metafísicos de existência e exercício da condição humana, como, *v.g.*, o intelecto, os valores, as virtudes e as disposições que determinam o indivíduo). Assim, "o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos" (FOUCAULT, 2009, p. 16). Nesse ínterim, as formas de justificação e distribuição das penas foram alteradas, o que se deve, em parte, ao crescimento gradual dos discursos em defesa da proporcionalidade e humanização das penas. Os corpos supliciados em espetáculos de punição física desapareceram, dando lugar ao suplício da alma pelas penas privativas de liberdade e/ou restritivas de direitos, e às imposições, obrigações, limitações e interdições que as acompanham.

> Sob a humanização das penas, o que se encontra são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a "suavidade", como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o espírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente mas com necessidade e evidência no espírito de todos. Não mais o corpo, mas a alma, dizia Mably. E vemos bem o que se deve entender por esse termo: o correlato de uma técnica de poder. Dispensam-se as velhas "anatomias" punitivas. (FOULCAULT, 2009, p. 97)

Com isso, há uma mudança de paradigma que deslocou não só o objetivo da pena, mas também o seu local de exercício. No tempo das penas aflitivas o castigo penal, além de retribuir e expiar o mal do delito, também assumia uma finalidade dissuasória/exemplarizante, e por isso era realizada através dos espetáculos de suplício em plena praça pública. Dessa forma, a execução penal, que se postava sob os holofotes do teatro de terrores e agonias explícitas das penas aflitivas, fazia-se muito mais presente aos olhos da população geral, que a vivenciavam como um elemento rotineiro da vida em sociedade. Entretanto, com a *redistribuição da economia do castigo* a execução penal "[...] deixa o campo de percepção quase diária e entra no da consciência abstrata", transformando-se, desde então, na parte mais velada do sistema punitivo formal (FOUCAULT, 2009, p. 14-15). Assim, a sanção penal é

segregada dos espaços públicos, e sua realidade de sofrimentos da execução penal é realocada para o interior das unidades prisionais[4].

> A invisibilidade da instituição carcerária é outro fator que permite a alienação da comunidade a qualquer problemática que ali se desenvolva. As prisões são circunscritas a certas áreas geográficas, fechadas. Salvo quando certos conflitos (fugas, rebeliões, etc.) extravasam os muros e são levados ao conhecimento público pelos meios de comunicação, a comunidade ignora a existência lúgubre dos cárceres onde pessoas humanas recebem tratamento brutal e desumano. (CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 82)

O cárcere é, portanto, uma realidade muito distante do âmbito de vivências comuns da sociedade, sendo perceptível, em sua completude e profundidade, apenas aos indivíduos diretamente envolvidos com ela (presos e agentes da administração e segurança prisional). Nesses termos, dentro dos muros e grades das unidades prisionais, as práticas obscuras da execução das penas privativa de liberdade regem seu próprio ritual de suplícios que definem os sofrimentos naturais e estapafúrdios da sanção penal.

> Simplesmente, sucedendo a um sistema de intimidação que supunha a existência de penas corporais extremamente duras, a organização das primeiras prisões assenta num regime cuja característica principal é a severidade e a disciplina férrea, a que se alia, não raras vezes, um tratamento cruel e humilhante, onde se perdem totalmente os horizontes de humanidade. (RODRIGUES, 1999, p. 18)

Não há como afastar que a pena, como seu próprio nome indica, sempre apresentará em seu conteúdo um sofrimento natural e insuperável, pois revestida de uma violência intrínseca sem a qual não se poderia nem falar nela sem descaracterizá-la, afinal, nas palavras de L. Ferrajoli (2010, p. 356), "[...] ser desagradável é uma característica insuprível e não mistificável da qualidade da pena, ainda que assim seja somente porque esta se impõe coativamente contra a vontade do condenado". Desta forma, existe uma quantidade de sofrimento aceitável e legítimo que decorre da restrição de liberdades e direitos do indivíduo pelo título executivo punitivo ou cautelar, que, no cumprimento das funções próprias ao sistema penal, impõe uma série de obrigações a serem cumpridas de acordo com a medida aplicada. No caso do recolhimento em unidade prisional para o cumprimento de pena privativa de liberdade, por exemplo, além das restrições de direitos da sentença, o indivíduo é submetido a outras restrições próprias à situação de encarceramento, consideradas necessárias

[4] "A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se

a garantia do escorreito cumprimento da pena imposta e a segurança de todos os envolvidos (dentre eles: os agentes de administração e segurança prisional, os presos, os visitantes, os advogados, etc.).

O problema é que, infelizmente, as práticas de execução não se restringem a essa parcela justificável e preestabelecida de sofrimento. Mesmo com o abandono das penas aflitivas o cotidiano e a rotina das unidades prisionais ainda conformam diversos artifícios ilegítimos de inflição de dor e sofrimento aos presos, que, por vezes, aproveitam-se da distância e do descaso dos demais setores da sociedade para agravar o suplício da pena. Conjunturas que guiam a aplicação concreta da pena privativa de liberdade por rotinas que ignoram as imposições de humanidade em situações de constante desrespeito à dignidade e aos direitos dos presos. Algumas delas em práticas tão atrozes quanto às carnificinas das penas aflitivas, como a tortura física e psicológica de presos; outras tão sutis que ainda se ocultam em práticas e ideologias oficiais de penalização.

Nesse último sentido, é importante notar que algumas das normas legalmente estabelecidas são tão capazes de violar a humanidade e o direito dos presos quanto às práticas que contrariam as normas postas. Ou seja, os sofrimentos excessivos ocasionados por atuações atentatórias à humanidade e ao direito dos presos não se limitam a condutas manifestamente ilegais e abusivas, muitas delas estão previstas no ordenamento jurídico pátrio como imposições legais vinculativas ao sistema prisional e aos exercícios da aplicação da pena. Desse modo, não se trata aqui de mera questão de legalidade formal da norma, mas da confrontação dos dispositivos da execução penal com os princípios, valores e justificativas próprias à noção político-ideológica dos estados democráticos de direito que prezam, entre outras coisas, pela garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e pela valoração e promoção da condição humana digna.

Há, portanto, em razão tanto de práticas oficiais quanto subterrâneas[5], uma sobreposição de sofrimentos que vai além da medida aceitável ao agregado de normas e princípios que orientam a execução das penas, sendo possível afirmar que, ainda que em grau diverso do que já foi enfrentado pela história das penas aflitivas, a pena na atualidade ainda está muito distante do ideal de tratamento humanizado. Situação essa observada especialmente na realidade da execução das penas privativas de liberdade no Brasil, que está

---

que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso." (FOUCAULT, 2009, p. 242)

[5] Termo emprestado de R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 52-53) que explicita em seu texto a existência de um poder punitivo paralelo exercido pelas agências executivas envolvidas com o poder punitivo que "[...] conforme o próprio discurso do programa de criminalização primária, seria definido como ilegal ou delituoso".

repleta de sevícias que excedem os limites éticos e democráticos da pena e minam qualquer ideal de humanização e respeito aos valores e direitos dos presos, como bem demonstra R. D. E. Roig (2017, p. 38) ao elencar as seguintes práticas, que, lamentavelmente, estão longe de ser taxativas ou hipotéticas (entende-se: não concretas):

> [...] são também práticas colidentes com os ideários de humanização da pena a revista íntima em visitantes, a exposição do preso a inconveniente notoriedade, o racionamento irresponsável de água, a supressão da intimidade, o desrespeito ao sigilo da correspondência, a restrição ao direito de voto aos presos não condenados (e a sistemática proibição aos condenados), as restrições infraconstitucionais aos direitos de trabalho e remuneração do condenado, a justificação das péssimas condições detentivas pela falta de recursos, a permanência do Regime Disciplinar Diferenciado, a manutenção infundada do preso em local distante de seus familiares, as limitações à prisão domiciliar, a perda dos dias remidos, a superlotação, os maus-tratos, a procrastinação indevida de penas e medidas de segurança e o descumprimento dos requisitos estruturais mínimos das celas (aeração, insolação, condicionamento térmico, área mínima, existência de dormitório, aparelho sanitário, lavatório etc.), além da exposição do preso a péssimas condições sanitárias e a graves riscos de incêndio.

No Brasil essas violações, que são observadas de forma corriqueira nas unidades prisionais de todos os cantos do país, são determinadas, principalmente, em razão: do desrespeito sistemático aos princípios e valores constitucionais; da indeterminação e insuficiência dos dispositivos legais que tratam da matéria; dos grandes espaços de poder não supervisionados disponíveis aos agentes da execução penal; entre outros fatores. Por causa deles a aplicação concerta da pena está aberta a modulações que causam o acréscimo de sofrimentos desnecessários e ilegítimos mencionados anteriormente, e que acabam por permear a realidade prisional de agruras e aflições das mais diversas origens, formas e naturezas. Algumas em função de fatores associados a desejos punitivistas e/ou reformadores que visão subjugar o apenado pela ordem e pela disciplina sobre pretextos de ressocialização e garantia da segurança. Outras pela imposição de mecanismos, rotinas e incidentes que impõem comportamentos e alteram a situação de direito dos presos ou prolongam sua condição de prisioneiro.

No festim de aflições excessivas a disciplina prisional ocupa um papel importante na imposição dos sofrimentos da pena, afinal, como o regramento das rotinas e relações intramuros é um dos principais instrumentos de restrições e o controle dos presos utilizados pelo aparelho de execução penal, dependendo da forma como ela for utilizada, a disciplina prisional poderá aliviar ou incrementar o sofrimento da pena. Assim, ela pode ser realizada tanto como um instrumento mínimo de garantia do escorreito cumprimento da pena privativa de liberdade impondo proporções menores e necessárias de sofrimento, quanto como um dos

principais meios de majoração dos dissabores das medidas de privação da liberdade ao assumir com suas práticas oficiais objetivos colidentes com o ideal de humanização e mínima restrição de direitos, ou, ainda, por possibilitar o aproveitamento da dinâmica de poder por ela imposta para fomentar práticas subterrâneas nefastas.

Infelizmente a realidade vem mostrar; como se pode notar pelo rol de violações disposto anteriormente e como se fará notar ao longo do presente trabalho; que a predileção do atual modelo disciplinar prisional tende às formas de incremento das agruras das prisões, que restringem e limitam direitos dos presos que não deveriam, nem poderiam ser afetados pela execução penal. Nesse sentido, S. Carvalho (2008b, p. 166) destaca que:

> A ação executiva é regida pelos princípios da disciplina e da ordem, e sob estes signos viu-se historicamente a justificativa da administração penitenciária para restrição/violação de direitos do condenado que não foram limitados pela sentença penal.

Isso ocorre, como se desvela ao longo do presente estudo, principalmente em razão dos amplos espaços de discricionariedade disponíveis a atuação do poder público no que se refere à constituição e aplicação do regime disciplinar prisional, que permitem a manipulação das restrições impostas aos presos e, consequentemente, tornam comuns as imposições disciplinares que, de forma oficial ou subterrânea, violam a reserva de direitos e dignidade dos presos para sobrepor sobre esses os interesses da administração prisional e de seus agentes. Um bom exemplo dessas imposições disciplinares é fornecido por A. Z. SCHIMDT (2007b, p. 240-241):

> Veja-se o exemplo relatado na II Caravana Nacional de Direitos Humanos, quando da inspeção do Presídio Central de Porto Alegre/RS: *Quando caminhávamos pelos corredores, presos que estavam se deslocando em um estreito espaço delimitado por uma tela interrompiam automaticamente seu trajeto e se mantinham com o rosto virado para a parede. Trata-se de procedimento inédito e inaceitável esse pelo qual se obriga os presos a não olharem os visitantes e as autoridades que circulam pelo estabelecimento*. Essa "educação" carcerária, bem própria da militarização do Presídio Central pela Força Tarefa da Brigada Militar, resta deslegitimada pela CRFB/88, na medida em que obriga um cidadão "desviado" a se rebaixar – humilhar seria a melhor palavra – perante um cidadão "não-desviado" sem que, formalmente, exista lei impondo tal obrigação e, materialmente, sem que haja necessidade de tal "ordem" ser estabelecida.[6]

[6] A esse exemplo, devo acrescentar, quebrando a barreira de impessoalidade do presente trabalho, que, em visita a Penitenciária José Maria Alkimim (situada na cidade de Santa Luzia, Minas Gerais) há alguns anos, salvo engano no ano de 2012; quando, como estagiário, acompanhei um mutirão realizado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais na unidade; notei um comportamento similar a esse nos presos daquela unidade. Em um dos vários episódios daquela visita, lembro-me bem, pois muito me impressionou, se deu logo que chegamos, quando o grupo de defensores, estagiários e funcionários da unidade e eu, passávamos ao lado de um dos muros da unidade rumo a escola, onde aconteceria o mutirão. Naquele local, ao lado do primeiro bloco de prédios da

Buscando melhor compreender essa dinâmica de restrições e controle do regime disciplinar imposto nas prisões, o presente estudo, ciente dos efeitos nefastos que esse instituto pode causar quando mal aplicado, desenvolve-se analisando as normas e práticas que estabelecem o regime disciplinar prisional no estado de Minas Gerais, pontuando as particularidades e nuances das relações institucionais e interpessoais de poder decorrentes dessa aplicação disciplinar pelo poder punitivo dentro das unidades prisionais.

Antes de seguir detalhando as etapas desse estudo, é importante pontuar de forma inequívoca que esse trabalho se ocupa das relações de poder disciplinar ocorridas no âmbito de efetivação das penas privativas de liberdade e das prisões provisórias executadas no estado de Minas Gerais, dando especial atenção às reações que envolvem o preso em situações de maior dependência e controle/submissão ao aparelho de execução penal, ou seja, às medidas de privação da liberdade ocorridas em regime fechado e semiaberto, em que a essência das unidades prisionais como instituição total denota-se de forma evidente. Ademais, restringe-se a presente análise sobre as normas e procedimentos do regime disciplinar aplicado no estado de Minas Gerais tão somente. A escolha dessa seara para o presente trabalho se dá em razão da regionalização das normas e procedimentos da prática disciplinar prisional posta pela Lei de Execução Penal (LEP), que legou a "legislação local"[7] (entende-se: aos Estado e ao Distrito Federal) a definição de parcela significante dos elementos que compõem o regime disciplinar; como: o conjunto de faltas disciplinares leves e médias, o conteúdo e a forma de distribuição de regalias, o procedimento administrativo de verificação e julgamento das eventuais faltas disciplinares,entre outros elementos não abordados por ela. Assim, ante a pluralidade de normas e procedimentos de disciplina prisional existentes no país, optou-se por restringir o presente estudo ao conjunto normativo e prático aplicado no estado de Minas

---

unidade havia uma área gramada com um singelo jardim onde trabalhava um dos presos da unidade. Uma cena, até então, aparentemente normal àquele ambiente, não fosse a reação do preso ao identificar que nosso grupo estava se aproximando. Ao nos notar ele imediatamente, sem que ninguém o ordena-se, largou o instrumento de jardinagem que usava no chão (se não me falha a memória era um rastelo) e se dirigiu a muralha que se erguia no nosso lado direito, postando-se rente ao muro de pedra, com a frente do corpo voltada a ele, de forma que ele não poderia ver mais nada que não fosse a muralha. Posição na qual ele claramente pretendia ficar, imóvel, enquanto passávamos, não fosse o cumprimento dirigido a ele por um dos defensores do grupo, que o assustou e fez virar rapidamente para ver quem o chamara. Logo que retribuiu o comprimento voltou à posição em que estava aguardando que o grupo todo passasse. Essa cena, por mais simplória que possa parecer me impressionou muito, e ficou marcada na minha memória, tanto que sem ele talvez esse trabalho nunca tivesse existido, pois lembro-me de questionar os motivos da imposição desse comportamento, que me pareceu tão humilhante, a uma pessoa que, claramente, não oferecia nenhum risco ao grupo. Opinião essa que pode ser atribuída até mesmo a administração da unidade prisional, que confiou ao preso trabalho com instrumentos de jardinagem potencialmente lesivos, em área interna comum a passagem de funcionários e visitantes, e sem supervisão ostensiva.

[7] Termo utilizado pela própria LEP, por exemplo, no seu art. 49 [LEP – Art. 49: As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A **legislação local** especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.] (grifei)

Gerais para não dispersar seu foco entre diferentes realidades, possibilitando assim uma análise mais profícua das nuances e particularidades de um regime disciplinar prisional específico.

Nesses limites, a presente dissertação busca pontuar as características e dinâmicas da aplicação da disciplina prisional no estado de Minas Gerais, dando especial atenção aos fatores que estabelecem e fomentam o já mencionado espaço de arbitrariedades disponível ao poder público na realização desse instituto. Discricionariedade essa que exsurge, em suma: da administracionalização histórica, e ainda presente, do aparelho de execução penal; da frágil legalidade empregada nos dispositivos que regulamentam a relação de poder entre Estado e indivíduo na execução penal, especialmente no que diz respeito ao exercício do poder disciplinar, permeada de tipos abertos e indeterminados; da falta de controle externo efetivo às práticas da administração prisional que, apesar do movimento de jurisdicionalização da reforma de 1984, correm apenas com um controle formal e aparente do poder judiciário.

Em termos muito próximos aos apresentados acima, pontua R. D. E. Roig, (2005, p. 141-142):

> Não obstante a já demonstrada ineficácia da pura e simples meritocracia, a legislação penal continua a estimulá-la fomentando a tensão carcerária entre Poder Público e massa carcerária. Tal conjuntura se perpetua por meio de três fatores primordiais, representados pela seguintes assertivas: 1ª- Os procedimentos de apuração de faltas e imposição de sanções no interior das unidade prisionais são inerentemente inquisitoriais; 2ª- A normatização das faltas disciplinares é evidentemente lacunar e dúbia, em desconformidade com o princípio da legalidade; 3ª- As sanções disciplinares, em muitos casos, possuem efeitos semelhantes aos da aplicação da própria pena.

Para cumprir os objetivos postos, a presente dissertação segue o estudo cumprindo as seguintes etapas.

No primeiro capítulo dessa dissertação são definidas as bases e a dinâmica geral das relações de poder, institucionais e interpessoais, estabelecidas entre o preso e o poder público com a concretização do título executivo (definitivo ou cautelar) de privação da liberdade e a aplicação das normas e práticas que visão assegurar esse cumprimento em um ambiente prisional ordeiro e disciplinado. Assim, será trabalhado nesse capítulo, o conjunto de obrigações que, colocadas aos presos na concretização da medida de privação de liberdade e dos objetivos legais, sociais e institucionais postos a ela, vão sujeitar a rotina, as ações e os comportamentos desses dentro das unidades prisionais, determinando o âmbito de restrições e limitações de direitos, movimento e expressões postos juntamente com a ordem manifesta de privação do direito de locomoção. Nisso, determina-se a soma e a natureza dos direitos e

deveres impostos aos presos, a relação desses com o princípio da humanidade e seus comandos de respeito à dignidade e aos direitos dos presos, e a influência da disciplina prisional, principal instrumento de controle da ordem intramuros, sobre esses elementos, destacando as mecânicas avocadas pelo poder disciplinar que instrumentalizam o controle mencionado e flexibilizam o âmbito de restrições possíveis ao aparelho estatal de privação da liberdade. Desta forma, será possível desvelar os mecanismos de poder da disciplina prisional e as funções do regime disciplinar sobre o âmbito de direitos e deveres dos presos.

Seguindo o trabalho o segundo capítulo, buscando compreender melhor a dinâmica e a prática das relações disciplinares estabelecidas no âmbito prisional, apresenta as normas e os procedimentos do regime disciplinar aplicado no estado de Minas Gerais. Dessarte, estabelece-se os elementos que; determinados a partir dos dispositivos que versam sobre disciplina prisional na LEP, na Lei de Execução Penal do estado de Minas Gerais (Lei Estadual MG nº 11.404 de 25 de janeiro de 1994) e no regulamento disciplinar prisional posto pela Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP-MG); informam e fundamentam o exercício do poder disciplinar prisional pelo poder público de Minas Gerais. Nesse passo, são indicados: os direitos e deveres previstos aos presos de Minas Gerais; a distribuição do poder disciplinar prisional dentro das unidades prisionais do Estado; os indivíduos sujeitos às normas e práticas do regulamento disciplinar prisional mineiro; as práticas proibidas e a forma de normalização das mecânicas disciplinares de coerção da indisciplina; o procedimento de apuração e julgamento das eventuais infrações disciplinares; as práticas e as formas de reforço positivo dos comportamentos disciplinados; etc. Através desses elementos será possível compreender de forma mais clara o âmbito e o conteúdo de restrições imposta aos presos e o impacto da dinâmica de sujeição disciplinar sobre eles e seus direitos, afetados não só pelas proibições e restrições criadas para manter a ordem e a disciplina, mas também pelas sanções aplicadas em resposta ao descumprimento dessas, que, no seu intuito de normalização, restringe mais direitos e infringem maior sofrimento.

Após essa apresentação das normas e procedimentos do regime disciplinar imposto no estado de Minas Gerais, o terceiro capítulo recua um pouco na especificidade do regime disciplinar prisional imposto em Minas Gerais, para compreender, a partir da análise dos argumentos de justiça e validade postos respectivamente pelas doutrinas de justificação e teorias de legitimação interna da pena, o sentido e a função aplicada ao regime disciplinar prisional, e pelo regime disciplinar prisional. Para tal, serão desenvolvidos os possíveis impactos das diversas doutrinas de justificação externas da pena sobre as normas de disciplina

prisional, indicando como essas doutrinas podem justificar e afetar as práticas disciplinares intramuros ao associar suas funções e objetivos ao cumprimento dessas. Assim, busca-se com o terceiro capítulo desse estudo alcançar os motivos colocados as imposições disciplinares e se esses se encaixam aos critérios racionais de justiça e validade postos pelo estado democrático de direito. Principalmente no que diz respeito ao princípio de separação entre o direito e a moral, cujos contornos e mandamentos serão oportunamente estabelecidos nessa parte, até porque se despende especial atenção ao objeto ressocializador imposto à pena que é perseguido, dentre outros elementos, pelas imposições disciplinares que assumem a função de correção do preso. Nesses termos, serão feitas duas análises diferentes, que, conforme se explicará no referido capítulo, não podem se misturar por trabalharem argumentos de natureza diversa. O primeiro relativo às proposições prescritivas das ideologias e doutrinas de justificação externa (justiça) que racionalizam, a partir da incorporação de determinados sentidos axiológicos e políticos ao *potentia puniendi*, à pena e, consequentemente a disciplina prisional; e o segundo relativo à análise da legitimidade interna que analisará a *validade* (formal e substancial) das práticas e institutos da disciplina prisional, avaliando a coerência e a adequação lógica dessas ao sistema constitucional e às normas de direito.

Continuando o estudo proposto, o quarto capítulo dessa obra vai abordar os elementos constituintes do que se identifica como o principal fator de permissão dos desvios indicados às práticas e atitudes do poder disciplinar aplicado nas unidades prisionais: o hiato de legalidade do regime disciplinar prisional do estado de Minas Gerais; que inclusive nomeia essa obra. Nesse capítulo serão abordadas as razões do referido hiato; que persistiu mesmo sendo a LEP criada com especial preocupação com o princípio da legalidade na execução penal e com a jurisdicionalização desse meio; e as diferentes falhas de legalidade apresentadas pelas normas de disciplina prisional, tanto em seus aspectos materiais quanto formais. Nessa entoada, será realizada inicialmente uma análise da constitucionalidade formal do regulamento disciplinar prisional aplicado no estado de Minas Gerais pelo ReNP-MG, que, adianta-se, padece, assim como seus dois antecessores, de vício insanável de formalidade, já que foram propostos e editados por órgão que não tem, nem nunca teve, competência para tal. Em seguida, desenvolve-se os requisitos materiais postos pelos corolários do princípio da legalidade e a adoção ou não desses pelas normas de disciplina prisional, relacionando sempre como a falta desses afeta a definição e limitação do poder disciplinar.

Antes de passar ao conteúdo do próximo capítulo é preciso, ainda em tempo, atribuir o crédito necessário a expressão “hiato de legalidade”, que foi avocada primorosamente pelo então Ministro de Estado da Justiça Ibrahim Abi-Acbel em Relatório da Comissão

Parlamentar de Inquérito instituída em 1975 na Câmara dos Deputados (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao nº 61, de 4-6-1976, pág. 9), e também citada no item 7 da Exposição de Motivos da LEP, de redação do mesmo ex-ministro. Essa expressão foi utilizada pelo ex-ministro para designar exatamente os sistemáticos excessos e abusos da administração prisional ocorridos em função da ampla discricionariedade disponível em razão da ausência de sistema normativo de execução penal bem estabelecidos. Uma denúncia muito próxima da que é feita na presente dissertação, com a diferença de que aqui restringe-se o hiato de legalidade ao instituto da disciplina prisional enquanto o ex-ministro se referia à execução penal como um todo.

Por fim, o quinto capítulo fecha o presente estudo concluindo o principal efeito da aplicação da disciplina prisional, na forma deficitária em que ela foi apresentada nos capítulos anteriores: o estabelecimento de condições que efetivam e intensificam a flexibilização das penas impostas no Brasil. Trabalha-se nesse capítulo, portanto, a capacidade da disciplina prisional de incrementar e reconfigurar constantemente o âmbito e os termos das restrições impostas ao preso, o que inclui não só as determinações disciplinares intramuros, como também o próprio conteúdo do título executivo que lhe impôs a privação de liberdade. Finda essa tarefa levanta-se a questão do peso da administração prisional na definição dessa flexibilização, que de forma interessada e inquisitorial, toma as principais decisões relativas à disciplina prisional sem uma participação ou controle efetivo do poder jurisdicional, movimento esse que segue na contramão do ideal de jurisdicionalização da execução penal exigida nos estados democráticos de direito.

Estabelecidas as justificativas e as etapas desse trabalho parte-se a sua realização de fato.

1 OBRIGAÇÕES INTRAMUROS: A INFLUÊNCIA DA DISCIPLINA PRISIONAL SOBRE OS DIREITOS DOS PRESOS

A interferência do poder punitivo estatal por meio de restrições e privações próprias à instrumentalização de seus objetivos, seja a título cautelar (medidas cautelares) ou sancionador (imposição de pena ou medida de segurança por sentença penal condenatória transitada em julgado), altera o status de direitos dos indivíduos que, em função da sua situação pendente com o sistema de justiça penal, têm o gozo pleno da sua esfera de direitos atingida. Isto ocorre, porque a concretização do aparato de coerção penal, especialmente o relacionado à realização das penas, das medias cautelares e das medidas de segurança, pressupõe a realização de um conjunto dinâmico de obrigações e diretos que vão definir a situação de sujeição imposta aos indivíduos naqueles casos. Dessa forma, a intensidade das restrições e sofrimentos das experiências punitivas depende diretamente da maneira como são programados e aplicados esse conjunto de obrigações e direitos pelas mecânicas do poder punitivo.

No caso das medidas de privação da liberdade, esse sofrimento é definido, por óbvio, pela própria restrição do direito de locomoção, mas também pelo conjunto de obrigações e direitos que emergem da concretização dessas medidas, que envolvem, como se faz notar mais a frente, a imposição de uma série de outras restrições aos direitos e aos comportamentos dos presos com o intuito de assegurar o cumprimento da ordem de privação de liberdade e proporcionar um ambiente prisional ordeiro e disciplinado a esse cumprimento.Nesses termos, faz-se importante determinar, nesta parte do texto, o conteúdo e o contexto de definição e aplicação do conjunto de obrigações impostos aos presos, para melhor compreender sua situação de direitos e sujeição.

Tendo isso em vista, o presente capítulo busca, no intuito geral desse trabalho, definir os elementos que integram esse conjunto de obrigações e direitos aplicados junto à execução das medidas de privação de liberdade, determinando qual papel elas exercem na execução penal e qual o a influência desse papel no cotidiano de sofrimentos das medidas formais de liberdade no Brasil. Assim, analisam-se os elementos que definem a rotina de restrições e controle imposta aos presos a fim de sujeitá-los ao cumprimento da ordem de reclusão e das normas intramuros. Especialmente no que diz respeito às regras estabelecidas pelo regime disciplinar prisional, cuja forma de aplicação, adianta-se, influencia diretamente a tônica da situação de direitos e de dignidade dos presos dentro das unidades prisionais. Nesse passo, a

fim de respaldar os demais pontos de crítica desse trabalho, procura-se definir também, a relação dos dispositivos de disciplina prisional com as demandas democráticas de respeito à humanidade e ao direito dos presos, que constroem a base valorativa e normativa das relações da execução penal.

Por esse estudo, adianta-se, será possível definir os limites impostos ao regramento disciplinar prisional, além de possibilitar um melhor entendimento dos problemas identificados ao longo do texto, relativos às dinâmicas de relação entre os valores, normas e práticas do regramento disciplinar prisional com os paradigmas de governo democrático. Para tal, estabelece-se inicialmente o que se compreende da demanda de humanização das relações entre indivíduo e poder punitivo, especificamente no que diz respeito à aplicação da pena privativa de liberdade, determinando os limites que o pleito de humanização impõe a partir da imposição do princípio de humanidade às formas de governo democráticas. Logo em seguida a essa etapa, busca-se afirmar a situação de direito dos presos elencando o rol de obrigações e direitos condignos com status que ele comporta em função da sua responsabilização criminal. Dessa forma, será possível determinar, inequivocamente, que o preso é um sujeito de direitos a quem se deve garantir a plenitude de exercício de suas prerrogativas não alienadas pela sentença penal condenatória. Estabelecidos esses dois pontos iniciais, passa-se, finalmente a análise propriamente dita da disciplina prisional e do contexto no qual seu conteúdo se envolve com a promoção concreta dos objetivos da execução penal.

1.1 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade, a partir do reconhecimento do valor intrínseco à condição humana, informa a todo o sistema os caminhos necessários para a promoção e manutenção desse valor no desenvolvimento das relações de poder que fazem parte da vida em sociedade. Especialmente naquelas que envolvem o subjugo dos indivíduos e a intervenção no exercício de direitos fundamentais, como é o caso do sistema punitivo estatal. Sobre esse âmbito de interesse inicia-se agora a análise do referido princípio, atentando principalmente para a influência que ele exerce sobre a execução das penas privativas de liberdade.

A adoção manifesta e difusa do ideal de humanização das penas é relativamente recente na história humana. É somente com a revolução das luzes e o seu objetivo de “[...] mitigação e minimização das penas inspirado numa ética racional de tipo utilitarista [...]” (FERRAJOLI, 2010, p. 363) que o princípio da humanidade entra definitivamente na equação das relações punitivas, sendo apontado como o grande legado das obras iluministas. Sob a

proposta de aplicação exclusiva de penas racionais (úteis) e proporcionais[8], o modelo penal iluminista, reconhecendo o valor (moral) de toda a vida humana, levantou a bandeira da humanização assumindo a inutilidade e a injustiça da crueldade das penas[9], além de propor a proscrição da tortura e supressão da pena de morte e da prisão perpétua.

No núcleo do princípio da humanidade está o respeito à dignidade da pessoa humana[10] e sua diretriz de valoração do ser humano. O homem deixa de ser objetificado nas relações estabelecidas com o poder, especialmente pelo Estado no exercício do *potentia puniendi*, ou seja, deixa de ser encarado como uma não-pessoa, e passa a ser tratado de forma humanizada, assumindo, assim, a condição de pessoa e, consequentemente, a de sujeito de direitos. Estabelecesse-se assim uma base de direitos inerentes à pessoa humana que decorrem da simples condição humana, ou seja, existem de forma independente, não sendo necessária a sua outorga pelos Estados. Direitos cuja inalienabilidade e universalidade assentam o respeito à dignidade da pessoa humano como as bases do Estado Social e Democrático de Direito.

Na contenção do poder punitivo o princípio da humanidade é a principal barreira posta na defesa contra medidas que violam a dignidade inerente às pessoas sujeitas ao âmbito de atuação daquele poder, sejam elas culpadas ou inocentes. Por ele os direitos individuais inerentes à condição humana prevalecem sobre os interesses do Estado e da coletividade, imbuindo uma afetação cada vez menor sobre o indivíduo e a criação de uma política criminal de redução de danos[11].

> Desse modo, a proteção dos direitos humanos, como condição de defesa individual contra um Estado despótico, além de ser um programa, é um fundamento do próprio

[8] Racional na medida em que aponta uma justificativa para a intervenção penal em que a pena vislumbre um fim além dela mesma e deixe de ser uma coerção puramente negativa. Assim, para os iluministas, a pena deve apresentar uma utilidade além da mera vingança, qual seja a prevenção de novos delitos. A proporcionalidade da pena, por sua vez, decorre diretamente de sua racionalidade, afinal, dado o seu acento utilitarista, a pena não pode produzir maior exasperação e descontentamento que o próprio delito, característica essa encontrada nas penas desproporcionais. (FERRAJOLI, 2010, p. 362-366)

[9] Sobre o tema as palavras de C. Beccaria (2009, p. 21) são categóricas ao afirmar que: "[...] ainda que os castigos cruéis não se opuserem diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de se obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la tão odiosa, revoltante em desacordo com a justiça e com a natureza mesma do contrato social".

[10] "A dignidade nasce com a pessoa e é seu patrimônio indisponível e inviolável. Trata-se de valor fundamental expresso nas cartas políticas, sendo diluído nas normas concretas, porque, ao desconhecer a dignidade do homem, o Estado desconheceria a existência e universalidade dos demais direitos humanos. [...] O respeito e a promoção da dignidade humana representariam a função primeva da existência do Estado, sendo que sua lesão (desprezo do homem como valor) legitimaria, inclusive, a resistência." (CARVALHO, 2008b, p. 156-157)

[11] Nesse sentido, leciona R. D. E. Roig (2017, p. 41) que: "[...] o princípio da humanidade constitui o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual. Possui, portanto, o escopo maior de capitanear a construção de uma política criminal redutora de danos, considerando – nas lições de Pavarini–, que a contradição entre cárcere e democracia não pode ser resolvida, mas apenas contida, por meio de uma política humanizante."

> Estado democrático, que deve, pois, ocupar-se de garantir a todos o pleno exercício dos direitos fundamentais.[12] (TAVARES, 2004, p. 43)

Ademais, conforme pontua R. D. E. Roig (2017, p. 39-40), o princípio também serve para afastar a argumento da reserva do possível, nos seguintes termos:

> Além de tutelar diretamente a incolumidade física ou psíquica das pessoas presas, ontologicamente o princípio da humanidade representa também a barreira jurídica, interpretativa, discursiva e ética à utilização da teoria da reserva do possível como pretexto para a desassistência estatal na execução penal. Nessa perspectiva, a ideia de mínimo existencial não se atrela apenas ao direito à vida, mas também à humanidade. Daí ser correto afirmar que a ofensa a direitos humanos mínimos ou elementares (veiculada pela inadimplência prestacional positiva do Estado) não pode ser justificada pelo núcleo argumentativo da teoria da reserva do possível: a escassez de recursos. Aliás, é exatamente este um dos princípios fundamentais que regem as Regras Penitenciárias Européias: "as condições detentivas que violam os direitos humanos do preso não podem ser justificadas pela falta de recursos" (art. 4º). Se bem observado, ao contrário de restringir direitos, a falta de recursos públicos deve ser mais uma razão para que o Estado reserve a prisão para casos excepcionais, deixando de banalizá-la e de usá-la como instrumento segregatório e neutralizador.

Nesse sentido, os desdobramentos jurídicos desse princípio acabam por influenciar a programação estatal de maneira visceral, sendo ele o valor fundante dos Estados modernos e da ordem internacional, mas, apesar de influir sobre diversos momentos, é sobre a execução da pena privativa de liberdade que o princípio da humanidade encontra seu maior ponto de tensão, como bem destaca N. Batista (2007, p. 93) ao afirmar que: "o princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa da liberdade, um campo de intervenção especialmente importante".

1.1.1 O Princípio da Humanidade Positivado

A importância do princípio da humanidade pode ser observada pela sua repercussão em diversos dispositivos internacionais que, ou foram elaborados com o objetivo primevo de evitar e obstaculizar a prática de medidas que violem sua máxima; como a *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, da ONU, e a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, da OEA; ou que contemplaram, dentre seus dispositivos, a humanidade como valor inerente à ordem proposta como, *v.g.*: art.

[12] No original: "De ese modo, la protección de los derechos humanos, como condición de defesa individual frente a un Estado despótico, además de ser un programa, es un fundamento del propio Estado democrático, que debe, pues, ocupar-se de garantizar a todos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales."

5º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*[13], item 31 das *Regras Mínimas para Tratamento dos Presos de 1955*[14], da ONU (, art. 7[15] e art. 10[16], item 1 do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* da ONU, art. 5º, item 2 da *Convenção Americana de Direitos Humanos*[17], princípio 1 do *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão* de 1988[18], entre outras.

Merece especial destaque um recente documento da ONU denominado *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Preso*, ou simplesmente *Regras de Mandela*[19]. Elaborado em 2015, esse texto decorre da revisão feita das *Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos* de 1955, que, por muito tempo, foi o documento internacional sobre garantia dos direitos dos presos de maior relevância[20]. As novas regras partilham das mesmas preocupações e finalidades assumidas pelo seu antecessor. Assim, podem-se aproveitar as seguintes palavras de Y. Catão e E. Sussekind (1980) e H. C. Fragoso (1980) sobre o documento de 1955, para caracterizar essas novas regras.

---

[13] Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo 5º: Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[14] Regras Mínimas para Tratamento dos Presos de 1955, da ONU - Item 31: Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

[15] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU - Artigo 7º: Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

[16] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU - Artigo 10, item 1: Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

[17] Convenção Americana de Direitos Humanos - Artigo 5º: Direito à integridade pessoal [...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[18] Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão - Princípio 1: A pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano.

[19] O nome, Regras de Mandela, é uma homenagem ao ex-presidente da África do Sul, Nelson Rolihlahla Mandela, conforme está expresso pela própria Resolução nº 70/175 da Assembléia Geral da ONU, que aprovou o documento: "Aprova a recomendação do grupo de especialistas de que as Regras sejam conhecidas como 'Regras de Mandela', para honrar o legado do ex-Presidente da África do Sul, Nelson Rolihlahla Mandela, que passou 27 anos na prisão durante sua luta pelos direitos humanos globais, pela igualdade, pela democracia e pela promoção da cultura de paz". No original: "Approves the recommendation of the Expert Group that the Rules should be known as 'the Nelson Mandela Rules', to honour the legacy of the late President of South Africa, Nelson Rolihlahla Mandela, who spent 27 years in prison in the course of his struggle for global human rights, equality, democracy and the promotion of a culture of peace" [ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Resolução 70/175. *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)*. 17 de dezembro de 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/175>; acessado em: 07/08/2017.].

[20] As Regras Mínimas de Tratamento dos Presos estabeleciam, conforme lição de Y. Catão e E. Sussekind (1980, p. 72), os "pilares fundamentais" para a realização dos objetivos de um sistema penitenciário preocupado em não acentuar ainda mais os sofrimentos intrínsecos à pena privativa de liberdade. Razão pela qual especificavam, entre outras coisas, que o tratamento imposto deve ser aplicado de forma individualizada, prezando por medidas que incentivem o senso de responsabilidade e respeito próprio, sem, contudo, acentuar a exclusão dos presos da sociedade.

> A preocupação presente quando da elaboração das Regras Mínimas não foi o estabelecimento de um modelo básico de sistema penitenciário. A finalidade principal foi a de definir princípios fundamentais para o tratamento do preso, tendo em vista a proteção de seus direitos elementares enquanto pessoa humana. (CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 71)

> As regras mínimas são importantes, apesar de suas notórias insuficiências e limitações, porque através delas procura-se preservar a dignidade do preso, protegendo-se, em base universal, os seus direitos humanos, impedindo que seja ele submetido a tratamento degradante e que lhe sejam impostas restrições e sofrimentos que não sejam inerentes à perda da liberdade. Mas é óbvio que tais regras não têm caráter convencional, não podendo ser invocados senão quando incorporadas ao direito interno. É inegável, não obstante, sua força moral como expressão de padrões universalmente reconhecidos e proclamados. (FRAGOSO, 1980, p. 18)

Trata-se, portanto, da reestruturação das regras antigas sobre os novos paradigmas alcançados mundialmente na defesa dos direitos humanos. Desta forma, tais regras fundamentam, principalmente a partir do princípio da humanidade, um ainda mais amplo dimensionamento do respeito ao valor e a dignidade humana das pessoas presas, através de propostas que buscam humanizar as penas e garantir os direitos dos presos. Inclusive, a primeira regra do documento proclama expressamente o imperativo do tratamento humanizado aos presos, assentando o princípio na premissa (universal e inafastável) de que todos os seres humanos são dotados de valor e dignidade.

> Regras de Mandela – Regra 1: Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

Não só isso, as Regras de Mandela determinam, ainda, uma série de mandamentos que não só disciplinam a proibição de certos atos considerados como desumanos; ao exemplo: da Regra 32, 1, "d"[21], e da Regra 43[22]; como também prevê ações de prevenção, vigilância e

[21] Regras de Mandela – Regra 32: 1. A relação entre o médico ou outros profissionais de saúde e o preso deve ser regida pelos mesmos padrões éticos e profissionais aplicados aos pacientes da comunidade, em particular: [...] (d) A absoluta proibição de participar, ativa ou passivamente, em atos que possam consistir em tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo experimentos médicos ou científicos que possam ser prejudiciais à saúde do preso, tais como a remoção de células, tecidos ou órgãos.

[22] Regras de Mandela – Regra 43: 1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos. 2. Instrumentos de imobilização jamais devem ser utilizados como sanção a infrações disciplinares. 3. Sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido por um prazo limitado e quando for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

combate às práticas violadoras da condição humana; como se observa pela Regra 34[23], bem como a Regra 57, 3[24], Regra 71, 1 e 2[25] e Regra 76, 1, "b"[26]. As Regras de Mandela declaram a necessidade de efetivação do princípio da humanidade na relação do Estado e seus agentes com o preso, configurando-se na comunhão dos ideais de defesa aos direitos, universais e inalienáveis, decorrentes do reconhecimento e acolhimento ético da dignidade humana inerentes a todos os seres humanos, independente das condições que ele ostente, ou das situações que ele vivencia ou vivenciou.

Na ordem jurídica nacional o princípio da humanidade encontra-se subentendido no art. 1º, III, da CRFB/88[27], por sua já proclamada decorrência da dignidade humana, valor reconhecido e protegido como um dos fundamentos do Estado brasileiro; e no art. 4º, II, da CRFB/88[28], do qual se desdobra a prevalência do respeito aos direitos humanos nas relações estabelecidas pelo Estado. Ademais, a Constituição brasileira materializa o princípio da humanidade através de dispositivos que visam limitar o exercício do poder punitivo e expurgá-lo de práticas abusivas, arbitrárias e irracionais. Ora o fazendo de forma a tolher expressamente determinadas práticas, o que se observa pelos dispositivos do art. 5º, III[29],

---

[23] Regras de Mandela – Regra 34: Se, durante o exame de admissão ou a prestação posterior de cuidados médicos, o médico ou profissional de saúde perceber qualquer sinal de tortura ou tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes, deve registrar e relatar tais casos à autoridade médica, administrativa ou judicial competente. Salvaguardas procedimentais apropriadas devem ser seguidas para garantir que o preso ou indivíduos a ele associados não sejam expostos a perigos previsíveis.

[24] Regras de Mandela – Regra 57: 3. Alegações de tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes deverão ser apreciadas imediatamente e devem resultar em uma pronta e imparcial investigação, conduzida por autoridade nacional independente, de acordo com os parágrafos 1 e 2 da Regra 71.

[25] Regras de Mandela – Regra 71: 1. Não obstante uma investigação interna, o diretor da unidade prisional deve reportar, imediatamente, a morte, o desaparecimento ou o ferimento grave à autoridade judicial ou a outra autoridade competente, independente da administração prisional; e deve determinar a investigação imediata, imparcial e efetiva sobre as circunstâncias e causas de tais eventos. A administração prisional deve cooperar integralmente com a referida autoridade e assegurar que todas as evidências sejam preservadas. 2. A obrigação do parágrafo 1 desta Regra deve ser igualmente aplicada quando houver indícios razoáveis para se supor que um ato de tortura ou tratamento ou sanção cruéis, desumanos ou degradantes tenha sido cometido na unidade prisional, mesmo que não tenha recebido reclamação formal.

[26] Regras de Mandela – Regra 76: 1. O treinamento a que se refere o parágrafo 2 da Regra 75 deve incluir, no mínimo, treinamento em: [...] (b) Direitos e deveres dos funcionários no exercício de suas funções, incluindo o respeito à dignidade humana de todos os presos e a proibição de certas condutas, em particular a prática de tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes.

[27] CRFB/88 – Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

[28] CRFB/88 – Art. 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...]

[29] CRFB/88 – Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

XLIII[30] e XLVII[31] da CRFB/88, ora garantindo direitos e situações que possam efetivar o cumprimento do pleito de humanidade, como se dá de forma direta pelo art. 5º, XLVI[32] (garantia de individualização da pena), XLV[33], XLVIII[34], XLIX[35] e L[36] da CRFB/88, ou de forma indireta ao garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais do homem.

O princípio da humanidade também apresenta reflexos em normas infraconstitucionais do Estado brasileiro. O Código Penal e a Lei de Execução Penal, art. 38 do CP[37] e art. 40 da LEP[38], reafirmam a imposição de respeito à integridade física e moral dos presos. Não só isso, o art. 3º da LEP[39], juntamente com a primeira parte do dispositivo do Código Penal mencionado acima, ao resguardar aos presos todos os direitos não afetados pela sentença, convalidam a adoção do princípio da humanidade no Estado brasileiro, asseguram o exercício de direitos fundamentais ao preso, mas, mais importante ainda, os reconhece, de fato, como sujeitos de direito, suprindo uma lacuna histórica sobre a posição jurídica do preso na execução da penal (contexto oportunamente explorado mais a frente neste mesmo capítulo).

Quanto à imposição disciplinar dos estabelecimentos prisionais a LEP aclara a vigência do princípio da humanidade pelo disposto no art. 45[40] que, também, resguarda a integridade física e moral dos presos, mas, desta vez, especificamente aos momentos de imposição da sanção disciplinar, além de vedar a aplicação de sanções coletivas e o emprego de celas escuras.

---

[30] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]

[31] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XLVII - 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; [...]

[32] CRFB/88 - Art. 5º: [...] 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; [...]

[33] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...]

[34] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; [...]

[35] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...]

[36] CRFB/88 – Art. 5º: [...]L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...]

[37] CP – Art. 38: O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

[38] LEP – Art. 40: Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

[39] LEP – Art. 3º: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

[40] LEP – Art. 45: Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. § 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. § 2º É vedado o emprego de cela escura. § 3º São vedadas as sanções coletivas.

Como se pôde observar, o princípio da humanidade consubstancia-se na atuação sobre duas frentes. A primeira e principal forma de expressão desse princípio se dá com a proibição de penas e castigos capazes de lesionar de forma indelével e/ou penosa a constituição física e psíquica das pessoas. Ou seja, como a proscrição abstrata das penas desumanas pela fórmula da supressão de penas e castigos infamantes, cruéis, degradantes, estigmatizante e ofensivos, como prática de torturas e aplicação da pena de morte, da prisão perpétua, da cela escura e etc. como castigo. Não obstante o plano nacional e internacional geralmente desenvolva o princípio da humanidade pelas prescrições elencadas, as penas desumanas não se limitam àquele rol, afinal, como bem destaca R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 233), mesmo que uma pena não possa ser considerada de forma abstrata como cruel, ela pode vir a ser, diante certas atitudes e circunstâncias. E infelizmente a realidade fática e histórica evidencia que, o exercício do poder punitivo, tanto em sua face exposta, quanto em seus bastidores[41], não tem observado os preceitos mínimos do princípio da humanidade e aplicam, sobremaneira, penas em desrespeito à noção de humanidade. A segunda frente se dá pela garantia de práticas e tratamentos humanizados, ao prescrever a imposição de condições elementares para a sobrevivência e convivência; como, por exemplo, ao garantir a integridade física, a integridade e liberdade psíquica (direito a intimidade e a liberdade de pensamento, consciência e credo, etc.) e a atenção a condições mínimas de tratamento, saneamento, higiene, alimentação, socialização aos presos, entre outros.

1.1.2 Conclusões à realidade brasileira

O Brasil, infelizmente, peca, e muito, quando se trata de adequação ao princípio de humanização, especialmente, mas não exclusivamente, nas relações decorrentes do exercício do poder punitivo estatal[42]. Os problemas vão desde o descaso dos governantes e agências judiciárias que ignoram e se isentam da realização da garantia, passando pela apatia e revanchismo popular, até os excessos e abusos no exercício desse poder pelas agências executivas. Pode-se elencar aqui: os linchamentos populares; as péssimas condições de transporte e custódia dos presos; os maus-tratos nos interrogatórios policiais; a excessiva e

[41] "Enfim, às penas legais assinaladas pelas cifras oficiais, deve-se acrescentar a cifra negra das humilhações e violências, extralegais e extrajurídicas, que acompanham em todo o mundo a execução penal e, em geral, o exercício das funções policiais e judiciais." (FERRAJOLI, 2010, P. 355-356)

[42] "Em que pese tal consagração implícita e expressa na lei de hierarquia máxima, trata-se do princípio [princípio da humanidade] mais ignorado pelo poder criminalizante. As agências judiciais podem impor em parte sua observância, mas há aspectos que, por dependeram somente de agências executivas, são de difícil controle." (ZAFFARONI et al., 2013, p. 233)

constante violência, preconceito, desrespeito, maus-tratos e humilhações perpetrados pelos cidadãos e agentes do estado, em especial a força policial; a superlotação e falta de infraestrutura em muitas unidades carcerárias, que por vezes sofre com falta de água, alimentos, materiais para higienização do local e do preso; a reclusão de pessoas em celas mal iluminadas, suja, sem ventilação, úmidas, mofadas e empesteadas de ratos, baratas e outras pragas; entre tantos e tantos outros[43]. Tanto que já faz parte do inconsciente popular a situação degradante do cárcere brasileiro[44]. Nesse sentido, o desrespeito ao princípio da humanidade impregna de inconstitucionalidade e anticonvencionalidade a execução penal no Brasil[45].

Há, desta forma, uma necessidade pungente de resgate do princípio da humanidade pela realidade do sistema punitivo brasileiro, principalmente ao que se relaciona ao cumprimento do aparato executivo penal de imposição da sanção penal e das medidas cautelares privativas de liberdade. Ao que importa tanto a edificação da situação estrutural das unidades prisionais quanto à delimitação garantidora do poder dimensionado à administração prisional na definição do conjunto de obrigações e restrições impostas aos presos.

Um fator determinante dessa situação corrupta em que o sistema prisional se encontra, deve-se, em parte, à deturpação da relação de poder estabelecida entre Estado e indivíduo com a aplicação do aparato de repressão penal que subverte a relação de direitos e deveres impostos a execução penal e direciona esse instituto ao sistemático desrespeito à condição humana e aos direitos dos presos, seja pela ausência material ou pela imposição arbitrárias e abusivas por parte do poder público, que usualmente se vale de restrições e obrigações estranhas aos comandos normativos a fim de cumprir a máxima função de controle associada

---

[43] Nas unidades prisionais do Estado de Minas Gerais geralmente não são disponibilizados talheres aos presos para se alimentar. A solução encontrada pelos presos, para não precisarem comer com a mão, é utilizar a tampa da marmita como talher. Esse triste exemplo evidencia como o desrespeito ao princípio da humanidade pode atingir diferentes nuances, indo do extremo da pena de morte, até uma pequena medida que fulmina o senso de humanidade e respeito próprio.

[44] "Em nosso país, soa paradoxal a relação entre execução da pena e humanidade, pois com os cárceres e agências do sistema penal que possuímos, a injunção da pena privativa de liberdade acaba por prescrever a própria violação de direitos humanos. Os cárceres, na verdade, como observado por Haberle, desafiam não apenas a dignidade do homem (concretamente considerado), mas a dignidade (abstrata) da própria humanidade. Daí a premente necessidade de substituição do conceito de liberdade-propriedade (princípio individualista liberal) pelo de liberdade-dignidade (princípio republicano)." (ROIG, 2017, p. 39)

[45] Está sendo julgado no Superior Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cujo objetivo repousa no reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro. Pleiteia-se pela ação providências para corrigir as lesões aos direitos fundamentais perpetradas pelo poder público no ínterim da administração prisional. O desrespeito, infelizmente habitual, ao princípio humanidade está no cerne daquelas lesões, sendo o objetivo da ação a adequação da realidade prisional brasileira aos mandamentos de humanidade daquele princípio. Informações disponíveis em: <http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>; <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>; e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>, neste último é possível acessar os autos da ADPF na íntegra.

ao modelo repressivo-totalizante das instituições prisionais. Procurando compreender melhor essa relação de poder/submissão corrente na execução do título punitivo e cautelar penal, analisa-se, em seguida, o conjunto de obrigações e direitos instituídos em função dessa relação de poder. Assim, estabelecidos os contornos do princípio da humanidade e delineada sua influência e importância sobre as formas de tratamento dos presos, segue-se com a análise das obrigações e direitos dos presos.

1.2 Relação de Poder da Execução Penal: obrigações e direitos dos presos

A relação de poder entre Estado e indivíduo que surge com a aplicação das restrições e privações do sistema de coerção penal impõe determinados comportamentos a serem seguidas para que os preceitos da justiça criminal possam ser cumpridos. Estado e indivíduo, nesse contexto, são submetidos a um concurso de obrigações mútuas[46] que vão definir o papel a ser cumprido por cada um dos lados na efetivação das medidas punitivas e cautelares e no controle/limitação das intervenções e sofrimentos impostos pelo poder punitivo no exercício de sua atividade.

Ao Estado, titular do poder de coerção penal e principal responsável pela efetivação dos valores e princípios constitucionais e democráticos, recai a obrigação de executar os objetivos de sua função punitiva promovendo o escorreito cumprimento dos dispositivos que regularizam e limitam a realização das penas, das medidas cautelares e das medidas de segurança. Assim, ele deve promover todos os meios e instrumentos necessários à efetivação dessas medidas respeitando, entretanto, as diretrizes impostas em garantia ao sistema democrático e ao respeito à dignidade, à integridade (física e psíquica) e demais direitos e liberdades fundamentais do homem.

> Esse balanceamento verificado entre *direitos do apenado-deveres do Estado, deveres do apenado-Direitos do Estado*, acaba por conferir obrigações disciplinares que recaem muito mais sobre os operadores da execução penal do que, propriamente, sobre o próprio preso. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal deve ser vistas, antes de mais nada, como um instrumento de fixação da disciplina não só do preso, com primordialmente, do Poder Judiciário – bem como dos demais órgãos estatais ou essenciais à administração da Justiça –, uma *magna carta do condenado*. (SCHMIDT, 2007b, p. 223)

[46] Nesse sentido, J. F. Mirabete (2000, p. 38) dispõe que: "A relação que une o condenado com a Administração penitenciária é uma *relação jurídica* em que, aos direitos e deveres de uma das partes, contrapõem-se os correspondentes direitos e deveres de outra".

Aos indivíduos, no outro lado dessa relação, recaem as obrigações decorrentes da situação fático-jurídica que os submetem às ordens de intervenção estatal, qual seja o cumprimento das restrições impostas a ele em função da aplicação das medidas punitivas e cautelares, além, é claro, dos deveres comuns exigidos a todos os cidadãos, como o respeito às determinações legais e aos direitos individuais alheios[47]. Como se pode perceber, as obrigações impostas aos indivíduos submetidos diretamente ao sistema de coerção penal dependem do conteúdo disposto pelo espectro de restrições eleitas e aplicadas pelo sistema de justiça criminal organizado pelo Estado no contexto de suas próprias obrigações. Logo, a definição do âmbito de obrigações impostas aos indivíduos deve passar, necessariamente, pela demarcação do conteúdo real do conjunto de restrições impostos pelas medidas de intervenção criminal. Todavia definir esse conteúdo é, em nosso modelo, um tarefa difícil, pois, além das *restrições manifestas* do poder punitivo, há um conjunto de *restrições latentes* que devem ser consideradas, afinal, elas correspondem à grande parcela das obrigações efetivamente impostas pela administração prisional na execução de suas funções[48]. É preciso, portanto, definir quais são essas restrições manifestas e latentes, para melhor compreender as obrigações impostas.

1.2.1 Obrigações dos Presos: as restrições manifestas e latentes aplicadas pela execução penal

As *restrições manifestas* correspondem ao conteúdo discursivo explícito da reprimenda penal aplicada em consequência ao delito ou qualquer uma das situações que autorizem a imposição de medidas cautelares. Ou seja, aquelas restrições alegóricas que compõem o núcleo central das medidas enunciadas oficialmente pelos dispositivos que compõem o título executivo da medida de intervenção punitiva ou cautelar. No Brasil, as restrições manifestas impostas pelas penas, pelas medidas cautelares e pelas medidas de segurança são delineadas pela conjunção de dispositivos Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), do Código Penal Brasileira (CP), do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) e da Lei de Execuções Penais (LEP); são elas:

---

[47] "Já os presos, por sua vez, possuem os mesmos deveres dos demais cidadãos – ou seja, o dever de respeitar os direitos individuais alheios – e outro que lhes é peculiar: o de cumprir a sanção penal imposta na sentença condenatória, com seus respectivos efeitos no curso da execução." (SCHMIDT, 2007b, p. 223)

[48] Essas denominações são inspiradas em classificação adotada por R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 88-89). Na obra os autores identificam que o poder punitivo estatal "[...] concede às suas instituições *função manifesta* que são expressas, declaradas e públicas", mas que "[...] não coincide por completo com o que as instituições realizam na sociedade, ou seja, com as *funções latentes* ou reais".

1- A restrição de direito de locomoção (art. 5º, XV da CRFB/88[49]): aplicada em decorrência da pena privativa de liberdade (art. 5º, XLVI, "a" da CRFB/88[50]; art. 32, I do CP[51]); da prisão provisória (art. 311 do CPP[52]); da prisão domiciliar (art. 317 do CPP[53]); de algumas espécies de pena restritivas de direito (art. 5º, XLVI, "e" da CRFB/88[54]; art. 32, II do CP[55]), como: a pena de limitação de finais de semana (art. 43, VI do CP[56] e art. 48 do CP[57]), a proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV do CP[58]; art. 319, II do CPP[59]); a medida cautelar de proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV do CPP[60]); a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno (Art. 319, V do CPP[61]); a medida cautelar de internação provisória (art. 319, VII do CPP[62]); e a monitoração eletrônica (art. 319, IX do CPP[63]; art. 146-B, II e IV da LEP[64]) associada diretamente à limitação da rotina e dos espaços de circulação da pessoa.
2- A perda de parcela objetiva do direito de propriedade (art. 5º, XXII da CRFB/88[65]) sobre bens e valores, em função: da pena de multa; de prestação pecuniária (art. 5º,

[49] CRFB/88 - Art. 5º: [...] XV: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...]
[50] CRFB/88 - Art. 5º: [...] XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; [...]
[51] CP – Art. 32: As penas são: I - privativas de liberdade; [...]
[52] CPP – Art. 311: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.
[53] CPP – Art. 317: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.
[54] CRFB/88 - Art. 5º: [...] XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] e) suspensão ou interdição de direitos; [...]
[55] CP – Art. 32: As penas são: [...] II - restritivas de direitos; [...]
[56] CP – Art. 43: As penas restritivas de direitos são: [...] VI - limitação de fim de semana.
[57] CP - Art. 48: A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.
[58] CP – Art. 47: As penas de interdição temporária de direitos são: [...] IV – proibição de freqüentar determinados lugares; [...]
[59] CPP - Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...] II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; [...]
[60] CPP – Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...] IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; [...]
[61] CPP – Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...] V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; [...]
[62] CPP – Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; [...]
[63] CPP – Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...]IX - monitoração eletrônica.
[64] LEP – Art. 146-B: O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: [...] II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; [...] IV - determinar a prisão domiciliar; […]
[65] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; [...]

XLVI, "b" e "c" da CRFB/88[66]; art. 32, III do CP[67]; art. 43, I e II do CP[68]; art. 49 do CP[69]); ou do pagamento de fiança (art. 319, VIII do CPP[70]).

3- Suspensão dos direitos políticos dos condenados cuja sentença já transitou em julgado (art. 15, III da CRFB/88[71]).

4- Perda ou suspensão de parcela do direito ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, IX e XIII, da CRFB/88[72]), com a proibição de assumir ou exercer determinadas: atividades públicas; profissões que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; ou ingressar em concurso, avaliação ou exame públicos (art. 5º, XLVI, "e" da CRFB/88[73]; art. 47, I, II e V do CP[74]; art. 319, VI do CPP[75]).

As restrições manifestas, no entanto, representam apenas o contexto abstrato do concurso de restrições existentes com a aplicação da sanção penal, e não condizem com o que efetivamente recai sobre os indivíduos em consequência ao subjugo do poder punitivo. A transformação da ordem de restrições manifestas em medida concreta impõe um conjunto de restrições latentes que devem ser consideradas para a definição do conjunto de obrigações impostas pelas medidas punitivas e cautelares do sistema de coerção penal.

As *restrições latentes*, por sua vez, são compostas pelas ordens práticas relativas: ao condicionamento de direitos reflexos aos atingidos pelos dispositivos da decisão judicial; e a imposição de regime de obrigações aplicadas em função da concretização das penas ou

---

[66] CRFB/88 - Art. 5º: [...] XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] b) perda de bens; c) multa; [...]

[67] CP - Art. 32: As penas são: [...] III - de multa.

[68] CP - Art. 43: As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; [...]

[69] CP - Art. 49: A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

[70] CPP - Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; [...]

[71] CRFB/88 - Art. 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

[72] CRFB/88 - Art. 5º: [...]IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]

[73] CRFB/88 - Art. 5º: [...] XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]e) suspensão ou interdição de direitos;

[74] CP - 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; [...] V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

[75] CPP - Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...]VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; [...]

medidas cautelares. Explica-se melhor. Naquele primeiro caso, o exercício dos direitos cuja realização depende em todo ou em parte de direito restringido pela medida de intervenção do poder punitivo acabam sendo condicionados como uma consequência lógica à efetivação da ordem de restrição manifesta. Elucidam o tema as palavras de E. W. V. de Castilho (1988, p. 27-28):

> Admite, em certas circunstâncias, a restrição ou mesmo anulação de outros direitos fundamentais, lembrando, porém, que a dignidade humana constitui o limite absoluto das restrições, o que impede que a restrição seja limitada no tempo ou que abranja todos ou a generalidade dos domínios da vida do indivíduo. Aponta a distinção corrente na doutrina européia entre os conceitos de restrição e de condicionamento. A restrição se dá através de interferência legislativa no direito. Já no condicionamento a limitação do direito constitui consequência lógica. Por exemplo, a privação do direito à liberdade física condiciona o exercício de outros direitos fundamentais, como o direito de deslocação, de emigração, de escolha de residência, certos casos de exercício do direito de reunião e de manifestação, da liberdade de criação cultural ou do direito de educação dos filhos.

No segundo caso, as restrições decorrem das necessidades que o poder público enfrenta para realizar o elaborado esquema de administração, comando e controle dos aparelhos de efetivação das medidas punitivas e cautelares de intervenção. Gerir o conjunto de coisas, pessoas e pretensões envolvidas na tarefa de concretização das penas, das medidas cautelares e das medidas de segurança demanda a imposição de certa ordem e disciplina para que a atividade possa correr em segurança e em conformidade com o programa idealizado por ela. Desta forma, é admissível que o sistema punitivo estabeleça determinados regimes e medidas necessárias à organização e manutenção dos instrumentos de efetivação de suas atribuições, submetendo os indivíduos a um esquema de restrições cogentes a execução daquela tarefa. Como se pode perceber, por exemplo, quando o regime prisional impede que os indivíduos submetidos à pena privativa de liberdade possuam aparelho celular ou mantenham qualquer meio de comunicação não autorizado com o mundo extramuros, limitando assim a liberdade de comunicação dos presos, em uma constrição estranha ao enunciado pela restrição manifesta de privação do direito de locomoção.

Diante o exposto, é possível determinar que a efetivação das penas, medidas cautelares e medidas de segurança ocorrem não só pela concretização da ordem nuclear da medida restritiva manifesta, como também pela realização das ordens impostas em função das restrições latentes necessárias à manutenção de uma experiência efetiva e segura dos meios avocados pelos aparelhos de intervenção direta do poder punitivo. Assim, os sujeitos são obrigados a cumprir a ordem de restrição manifesta e a se submeter ao regime imposto pela

administração (restrições latentes), condicionando suas condutas e comportamentos às regras estipuladas para a realização da medida imposta.

> Disso segue-se uma sorte de duplicação do trabalho judicial: a pena, depois de ter sido determinada pelos juízes em relação ao delito praticado, deverá determinar-se pelos órgãos encarregados da execução em relação à conduta na prisão. Confere-se, assim, a estes órgãos um poder imenso e incontrolado: a pena quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada em sede de execução não é menos despótica do que as penas arbitrárias pré-modernas, das quais difere somente porque o arbítrio, em lugar de se esgotar no ato de sua imposição, prorroga-se durantes todo o curso de sua aplicação. (ROIG, 2005, p. 138)

No Brasil, parte das obrigações impostas com a execução das medidas punitivas e cautelares está definida na Lei de Execução Penal; em seu Título II (Do condenado e do Internado), Capítulo IV (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), Seção I (Dos deveres); que estabelece o dever geral de submissão às normas de execução penal (art. 38 da LEP[76]) e delineia, expressamente, alguns comandos específicos daquele dever (art. 39 da LEP[77]), que, conforme disposição da própria lei, são exigidos dos condenados e presos provisórios (art. 39, parágrafo único da LEP[78]). São eles:

1- Dever de cumprimento fiel da sentença, ou prisão provisória, imposta (art. 39, I da LEP).
2- Dever de manter um comportamento disciplinado (art. 39, I da LEP).
3- Dever de obediência ao servidor (art. 39, II da LEP).
4- Dever de respeito e urbanidade com qualquer pessoa (art. 39, II e III da LEP).
5- Dever de manter conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina (art. 39, IV da LEP).
6- Dever de executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas (art. 39, V da LEP).
7- Dever de manter atitude de submissão à sanção disciplinar imposta (art. 39, VI da LEP).

---

[76] ReNP-MG – Art. 621: Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena ou da medida de segurança.

[77] LEP – Art. 39: Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vitima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal.

[78] LEP - Art. 39: Constituem deveres do condenado: [...] Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

8- Dever de higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento (art. 39, IX da LEP).
9- Dever de conservar os objetos de uso pessoal – o que inclui a tornozeleira eletrônica – (art. 39, X da LEP).
10- Dever de indenizar a vitima ou aos seus sucessores (art. 39, VII da LEP).
11- Dever de indenizar ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho (art. 39, VIII da LEP)

Essa relação de deveres, todavia, não esgota o universo de restrições latentes aplicadas pelo sistema brasileiro, tratando, tão somente, da parte positivada dos deveres definidos na LEP. Aliás, com a simples leitura desses deveres é possível constatar, em função da abrangência e indeterminação desses, que uma parcela significante das medidas e sofrimentos impostos nesse bojo são constituídas pelo poder investido aos agentes da administração do sistema de penas que, no dia a dia, vão definir o que pode ou não ser feito, se um determinado comportamento é ou não disciplinado, se certas atitudes são respeitosas ou não, se uma conduta representa ou não uma ameaça a segurança, etc.

A experiência punitiva é definida, desta forma, pelo conjunto de restrições impostas a partir dos diferentes planos de obrigações, que variam da formulação elementar de cumprimento fiel da medida imposta e submissão às normas do aparato de execução, até os planos mais obscuros das restrições latentes definidas eventualmente pelo arbítrio dos agentes da administração. Dependendo da forma como o Estado e seus agentes escolhem executar as penas, medidas cautelares e medidas de segurança, a experiência punitiva poderá pender para um modelo de maior ou menor sofrimento, definida pela intensidade e abrangência do conjunto de direitos condicionados pelo esquema de limitações das medidas impostas. Assim, o conjunto de direitos disponíveis ao gozo dos presos está diretamente vinculado a postura acolhida pelo aparato de coerção penal no exercício de sua função punitiva, que será tão livre quanto o espectro de restrições impostas a ele permitir.

1.2.2 O reconhecimento do preso como sujeito de direitos

Hodiernamente, como forma de contrabalancear o modelo de sujeição e os espaços de indeterminação e arbítrios das restrições impostas pelas medidas punitivas e cautelares, são reconhecidos e estabelecidos um conjunto de direitos próprios aos presos. Esse conjunto de direitos se presta, em especial, a reforçar a humanidade do sistema de coerção penal e a

inviabilizar qualquer pretensão punitiva ilegítima, excessiva, arbitrária ou degradante que o exercício concreto das obrigações impostas pelas diferentes espécies de pena e medidas cautelares possa promover.

Interessante destacar, no entanto, que o reconhecimento do preso como sujeito da execução é algo relativamente recente, pois, até meados do séc. XX, a execução penal era informada por uma visão coletiva que usualmente negava qualquer pretensão de direitos do preso, encarando-o como um objeto da execução.

> Perdendo a liberdade, ele perde o seu *status* formal, ou seja, a sua identidade social, perdendo também a possibilidade de escolha entre alternativas de comportamento, a propriedade privada de certos materiais, a possibilidade de relações sexuais normais, e uma série de outras características do comportamento normal das pessoas. Não se trata apenas da perda de liberdade, mas de sujeição completa a uma estrutura de comando autoritária, que lhe reduz por completo a capacidade de autodeterminação. Integra-se o preso na sociedade dos cativos, que tem as suas próprias regras e valores, submetendo-se ao código da *massa*. (FRAGOSO, 1980, p. 9)

Segundo aquela visão coletiva, a submissão dos indivíduos ao sistema de justiça criminal, como consequência ao mal perpetrado por eles, era exercida a partir de um plano de sujeição absoluta às ordens e vontades do poder punitivo. Nas palavras de H. C. Fragoso (1980, p. 01), a lógica aplicada por esse pensamento defende que: "o condenado é maldito (*sacer esto*) e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que o despoja de toda a proteção do ordenamento jurídico que ousou violar". Ou seja, nessa concepção o criminoso é um sujeito apartado do direito, "servo da pena" que eventualmente lhe ocorra, e por isso está sujeito a toda espécie de infortúnios aos quais for submetido, não podendo invocar em sua defesa a lei que um dia negou. O preso se encontrava "[...] num estado de completa sujeição, submetido ao poder arbitrário e absoluto da administração carcerária, sem direito algum" (FRAGOSO, 1980, p. 02), logo, qualquer ordem ou restrição imposta a ele, por mais injusta ou injustificada que fosse não encontrava meios para ser parada.

> O poder de punir é totalmente discricionário. Não existe de fato um regulamento que contemple as hipóteses em que a sanção possa/deva ser aplicada, nem se conhece o órgão disciplinar que deva decidir a esse respeito. O poder disciplinar se identifica, pois, com o exercício do poder *tout-court*: "O direito dos carcereiros sobre as pessoas dos prisioneiros é o do pai sobre os filhos, o do professor sobre os alunos, o do instrutor sobre os aprendizes, do capitão sobre a tripulação" [Relatório de G. Powers (1827, p. II), citado por G. Beuamont e A. H. Toqueville, *On the Penitentiary System in the United States*, p. 44]. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 229)

Conforme mencionado, atualmente essa visão do preso como sujeito que não tem direito algum pelo qual reclamar; apesar de ainda encontrar adeptos, seja através do discurso popular revoltado com a criminalidade, ou de discursos políticos repressivos e populares cos de alguns agentes públicos e políticos[79]; não representa mais a realidade legal e doutrinária do sistema de coerção penal. No último século, a consideração da humanidade dos presos e das próprias limitações do poder punitivo estatal movimentaram transformações na execução penal, que culminaram no reconhecimento e consolidação dos direitos dos presos, em formulações que são adotadas até os dias de hoje.

> Atualmente não se pode mais contestar os direitos fundamentais do preso comum. Existe consenso entre os estudiosos de que; mesmo condenada à pena privativa de liberdade, a pessoa possui direitos e que devem ser conservados, exceto aqueles que a lei determina expressamente que sejam suspensos. (CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 129)

A "[...] incipiente e crescente preocupação com direito dos condenados", conforme lição de A. B. Miotto (1992, p. 39-40), surge principalmente a partir dos estudos e questionamentos feitos no âmbito de discussões da Ciência Penitenciária no final do séc. XIX e no início do séc. XX. Segundo a autora, em função da "[...] tomada de consciência universal dos direitos humanos fundamentais" – que já eram reconhecidos desde séc. XIII, mas que ainda não estavam devidamente estabelecidos, fazendo-se notar de forma generalizada apenas com essa retomada de consciência nas últimas décadas do séc. XIX – houve a extensão daqueles valores aos presos, especialmente por influência daqueles que se dedicavam à Ciência Penitenciária e ao serviço das prisões. Assim, a partir desse movimento de reafirmação e conscientização dos direitos humanos, a ideia até então comum e recorrente de que os presos perdiam todos os seus direitos com a condenação criminal, começou a ser contestada, e, paulatinamente, passou-se a reconhecer um universo de direitos constante dos presos, provisórios ou definitivos, que não eram afetados pela situação de restrição imposta pela aplicação da pena.

---

[79] Nessa concepção, a condenação marca a cisão do homem e de sua condição de cidadão. A primeira permanece enquanto a segunda se desaparece. Na condição de traidores do pacto social, eles são reconhecidos como inimigos da sociedade e do Estado, portanto, não dignos de qualquer vínculo com aqueles. Assim, o condenado tem revogada a sua situação de membro da sociedade, não tendo mais direitos a reivindicar perante ela. Nesse sentido, S. Carvalho (2008, p. 152) identifica efeitos dessa visão de exclusão social do preso, como inimigo da sociedade, em restrições impostas até hoje, ao que pontua: "Aos condenados do sistema punitivo, a obstrução dos canais de acesso à jurisdição decorrente da substantiva administrativização da execução da pena, aliada à suspensão do direito ao voto, caracterizará uma situação similar à dos apátridas, revelando aquela cruel realidade anunciada por Beccaria e Rousseau, na qual o condenado pela violação do pacto encontra-se em situação de 'morte civil'." (CARVALHO, 2008b, p. 152)

O processo de reconhecimento e a consolidação de direitos dos presos foi vagaroso e tímido, tanto que só começou a tomar um corpo mais definitivo a partir da segunda metade do sec. XX; ou, como M. Pavarini e A. Giamberardino (2011, p. 230) caracterizam, a partir da "[...] dimensão prescritiva própria do pós-guerra"; quando a situação de alienação absoluta é mitigada com a abertura dos instrumentos oficiais de justiça às pretensões, reclamação e reivindicação dos presos[80] e a implementação de uma base legal de garantia das pretensões e direitos dos presos.

No plano internacional, a implementação dessa base legal se deu, principalmente, com a elaboração das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Preso em 1955 pela ONU[81], que representou um marco importante da trajetória de reconhecimento e consolidação dos direitos dos presos. A preocupação com a integridade e a dignidade do preso, impressa pelo documento através das sugestões e vedações a cerca das medidas de tratamento do preso, consolidou o pertencimento dos presos ao âmbito universal de proteção dos direitos humanos, dada a "[...] força moral [do documento] como expressão de padrões universalmente reconhecidos e proclamados" (FRAGOSO, 1980, p. 18). Como mencionado anteriormente, o documento foi reformulado em 2015 e recebeu a denominação *Regras de Mandela*.

> Até o início do século XX, manteve-se uma concepção que permitia entender o apenado desvinculado da sociedade, o que fazia desnecessária a configuração de um marco legal para a atividade penitenciária. Apenas em meados desse século que começam a surgir iniciativas internacionais que buscavam reconhecer no ordenamento jurídico condições mínimas para os internos. Fundamentalmente, estas são as chamadas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos elaboradas e adotadas no âmbito das Nações Unidas em 1955. No âmbito europeu surgem

[80] Foi somente a partir da segunda metade do sec. XX que os tribunais vivenciaram de forma massiva as reivindicações sobre os direitos dos presos e as formas de execução. Sobre o assunto, Y. Catão e E. Susskind (1980, p. 75-76) lecionam que: "Os tribunais sempre desconheceram as reivindicações dos presos relativas ao modo como se dava a execução da pena. O pensamento corrente era o de que, a partir do momento em que o juiz pronunciasse a sentença, o papel do judiciário estaria concluído. Cabia então ao sistema penitenciário o controle da execução da pena privativa de liberdade". No mesmo sentido, E. W. V. de Castilho (1988, p. 68), também asseveram que: "Os tribunais brasileiros, como os europeus, estes até a década de 60, desconheciam as reivindicações dos presos referentes ao modo como de dava a execução da pena. O pensamento corrente era o de que, pronunciada a sentença condenatória, estaria concluído o papel do judiciário". Ilustram essas negativas dos tribunais alguns exemplos abordados por H. C. Fragoso (1980, p.19-24), como: a notícia de uma decisão judicial inglesa do ano de 1943, que "[...] negou aos presos o direito de peticionar aos tribunais sobre a legalidade do tratamento"; a política estadunidense de não interferência na administração penitenciaria, denominada *hands off*; e a *teoria das relações especiais de sujeição* de origem alemã, que influenciou de forma determinante a execução penal de todo o ocidente.

[81] Sobre o caminho de elaboração do documento descreve H. C. Fragoso (1980, p. 17) que: "No plano internacional o trabalho em prol dos direitos dos presos remonta ao período entre as duas grandes guerras. A Comissão Internacional Penal e Penitenciária elaborou em 1929 e reviu em 1933 um conjunto de regras para o tratamento de presos. Essas regras foram aprovadas pela Liga das Nações, em 1934. A ONU, em seu 1.º Congresso sobre prevenção do crime e tratamento do delinquente, celebrado em Genebra, em 1955, aprovou uma nova versão dessas regras, que constituem as regras mínimas para o tratamento de presos."

> iniciativas semelhantes já na década de setenta, como as Regras Européias de 1973, 1987 e 2006, devido ao trabalho realizado no Conselho da Europa. Como mencionado, foi no início do último quarto do século XX quando distintos países estabeleceram propriamente uma regulamentação penitenciária de status legal. Mesmo que alguns países de nosso entorno cultural a regulamentação mediante norma com status de lei tenham sido alcançadas muito mais tardiamente. Na França, até a recente Lei n 2009-1436, de 24 de novembro de 2009, as normas penitenciárias ocorriam de maneira recorrente através de textos regulamentários.[82] (MARTÍN, 2011, p. 277)

No mais, o período também presenciou o surgimento de diversas leis e códigos nacionais que tratavam sobre execução penal, encarceramento e conjunto de obrigações e direitos dos presos como, "[...] a Lei Penitenciária da Suécia de 19 de abril de 1974, a italiana de 26 de julho de 1975 y a da Alemanha Federal de 16 de março de 1976"[83] (MARTÍN, 2011, p. 276), e também, como destaca H. C. Fragoso (1980, p. 24-27), o Código Penal Executivo polonês de 1969, a lei Iugoslava de 1961, a Mexicana de 1971 e a Peruana de 1969. Quanto ao Brasil, em 1957 foi promulgada a Lei nº 3.274, um compilado de normas gerais sobre regime penitenciário, mas que, nas palavras de R. D. E. Roig (2005, p. 125), era uma norma "[...] de caráter eminentemente programático e organizacional, sem significativos reflexos na realidade carcerária". Assim, apesar das várias discussões e tentativas ao longo dos anos[84], o pais só vivenciou uma legislação substancial sobre o tema um pouco mais tarde com a reforma penal de 1984 que trousse uma nova parte geral para o Código Penal Brasileiro (Lei 7.209/84) e estabeleceu a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

---

[82] No original: "Hasta inicios del siglo XX se mantiene una concepción que permite entender desvinculado al penado de la sociedad que hacía innecesaria la Configuración de un marco legal para la actividad penitenciaria. Sólo a mediados de ese siglo comienzan a surgir iniciativa internacionales que pretenden lograr unas condiciones mínimas para los internos reconocidas en el Ordenamiento Jurídico. Fundamentalmente se trata de las llamadas Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos elaboradas y aprobadas en el marco de las Naciones Unidas en el año 1955. En el ámbito europeo surgen iniciativas semejantes ya en los años setenta, como serán las Reglas Europeas de 1973, 1987 y 2006, debidas a los trabajos realizados en el seno del Consejo de Europa. Como se ha mencionado será al comienzo del último cuarto del siglo veinte cuando propiamente distintos países establezcan propiamente una normativa penitenciaria de rango legal. Incluso en algunos países de nuestro entorno cultural la regulación mediante norma con rango de ley se alcanza mucho más tardíamente. En Francia hasta la reciente ley nº 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009, la normativa penitenciaria ha recaído de manera predominante sobre textos reglamentarios."

[83] No original: "[…] a Ley penitenciaria de Suecia de 19 de abril de 1974, la italiana de 26 de julio de 1975 y la de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976"

[84] A elaboração de legislação sobre Direito Penitenciário foi tema recorrente na política legislativa brasileira, que por várias vezes tentou emplacar codificações tratando do tema. Sobre esse histórico brasileiro pontua R. D. E. Roig (2005, p. 103) que: "O primeiro projeto de Código Penitenciário, que conferiu ao Brasil a condição de pioneiro na defesa da tripartição dos Códigos em sede penal, foi concebido em 1933 por Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carvalho. Já em 1957, Oscar Stevenson elaborou um novo anteprojeto de Código, seguido pelo anteprojeto de Roberto Lyra, em 1963. Por fim, em 1970, Benjamim Morais Filho elaborou o último dos anteprojetos de Código Penitenciário. [Tais propostas,] [...] muito embora não tenham sido postas em prática, logrado transformar-se em diplomas legais concretos, tiveram o condão de traçar muitos dos contornos da atual legislação penal executiva brasileira".

> É certo, no entanto, que, historicamente, a reserva da lei é mais tardia no âmbito penitenciário do que no âmbito penal geral. A explicação para isso tem a ver com a origem histórico-política do princípio da legalidade, que inicialmente buscava, acima de tudo, excluir os poderes sancionatórios arbitrários dos juízes e submetê-los à lei. É fundamentalmente contra a discricionariedade judicial na imposição de penas, ao que se formula e reage com a formulação do princípio da legalidade. Mas também com a evidência de que a vida na prisão necessita um desenvolvimento normativo prolixo, não coerente com a concepção abstrata geral da lei e que fazia necessária a existência de regulamentos nesse setor. Por isso, a recepção dessa necessidade é mais tardia e não ocorre até datas recentes, na década de 70 do século XX, como reconhecem os autores. Assim, surgem a Lei Penitenciária da Suécia de 19 de abril de 1974, a italiana de 26 de Julho, 1975 e a da Alemanha Federal de 16 de março de 1976.[85] (MARTÍN, 2011, p. 276/277)

A consideração do valor humano da pessoa presa foi responsável, portanto, pelo movimento de transformação daquela visão de sujeição absoluta do preso, que era tratado com objeto da execução, a uma postura de respeito ao conjunto de direitos do preso, que, a partir de então, é reconhecido como sujeito de direitos.

Com isso, renova-se a condição humana como *fronteira legítima do poder de punir* - o que, segundo lição de M. Foucault (2009, p. 72), já havia embasado o ponto de virada entre a vingança institucionalizada das penas aflitivas e o modelo iluminista de punição humanizada e proporcional, mas que acabou se perdendo com as pretensões corretivas e as propostas de tratamentos do positivismo criminológico -, resgatando a função limitadora do poder punitivo, que, assim como época das luzes, deve racionalizar suas ações pensando: "não o que ela tem de atingir se quiser modificá-lo, mas o que ela deve deixar intacto para estar em condições de respeitá-lo" (FOUCAULT, 2009, p. 72). Nesse sentido, a relação de poder que surge entre Estado (poder soberano) e indivíduo com a imposição direta dos mecanismos de coerção penal ganha um novo elemento a ser considerado pela equação de obrigações e direitos imposta na aplicação das medidas de privação da liberdade: o respeito à humanidade e ao direito dos presos.

---

[85] No original: "Es cierto, sin embargo, que históricamente la reserva de ley es más tardía en lo penitenciario que en el ámbito penal general. La explicación tiene que ver con el origen histórico-político del principio de legalidad que inicialmente buscaba sobre todo excluir la potestad sancionadora arbitraria de los jueces y someterla a la Ley. Es fundamentalmente contra el arbitrio judicial en la imposición de penas por lo que se formula y reacciona con la formulación del principio de legalidad. Pero también con la evidencia de que la vida en prisión necesita de un desarrollo normativo prolijo no coherente con la concepción abstracta general de la ley y que hacía necesaria la existencia de Reglamentos en este sector. Por eso la recepción de esta necesidad es más tardía y no se produce sino en fechas cercanas, en la década de los 70 del siglo XX como reconocen los autores. Así surgen la Ley penitenciaria de Suecia de 19 de abril de 1974, la italiana de 26 de julio de 1975 y la de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976."

1.2.3 Os Direitos dos Presos

De forma geral, os direitos dos presos são compostos pelo conjunto: de direitos fundamentais não afetados pelo espectro de obrigações da penas e medidas cautelares; acrescidos dos direitos próprios ao contexto da execução penal, como, por exemplo, o direito a progressão, direito de receber visitas, o direito ao banho de sol, entre outros. É possível identificar, portanto, dois âmbitos de direitos assegurados aos presos.

O primeiro âmbito, referente à reserva geral de direitos do preso, nada mais é do que uma derivação lógica do princípio da legalidade, mais especificamente do corolário de reserva legal, que, nas palavras de R. D. E. Roig (2017, p. 129), estabelece "[...] que os efeitos da condenação penal devem se circunscrever apenas aos gravames legais ou judiciais afetos à liberdade ambulatorial, descabendo quaisquer outras sanções ou restrições ao condenado". Por ele são assegurados aos indivíduos presos ou sob medida cautelar os direitos individuais e sociais; como, *v.g*., o direito ao trabalho, à vida, ao lazer, à propriedade, à segurança, à informação, à vida e etc.; que, se não alienados ou suspensos pela reprimenda penal, devem, pelo menos em teoria, ser garantidos da mesma forma e intensidade com que são garantidos aos indivíduos livres (SCHMIDT, 2007b, p. 221).

> [...] é necessário uma legislação que estabeleça justas prioridades e boas condições para um aprendizado, pelo condenado, das regras da convivência humana em sociedade, que somente se consegue se não se privá-lo dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, em um processo de humanização da execução penal. A humanização da execução inicia-se pela regra da não-privação dos direitos dos presos que não forem atingidos pela decisão judicial ou pela lei e deriva diretamente o sistema jurídico institucional dos países civilizados. (MIRABETE, 2000, p. 38)

A reserva de todos os direitos não atingidos pela medida de intervenção é encontrada expressamente; com algumas alterações de redação, mas com o mesmo enfoque; em: documentos internacionais, como, a Regra de nº 2 das Regras Penitenciárias do Conselho da Europa de 2006[86]; em legislações infraconstitucionais de diversos países, como, por exemplo: o art. 9 da *Ley Nacional de Ejecución Penal*, do México[87], o art. 2 da *Ley 24.660*, da

[86] Conselho da Europa – Regras Penitenciárias do Conselho da Europa de 2006 – [...] Regla nº 2: Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos que no les hayan sido retirados por ley, por la sentencia condenatoria a pena de prisión o por el auto de prisión preventiva.

[87] México – Ley Nacional de ejecución penal – […] Artículo 9. Derechos de las personas privadas de su libertad en un Centro Penitenciario Las personas privadas de su libertad en un Centro Penitenciario, durante la ejecución de la prisión preventiva o las sanciones penales impuestas, gozarán de todos los derechos previstos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, siempre y cuando estos no hubieren sido restringidos por la resolución o la sentencia, o su ejercicio fuese incompatible con el objeto de éstas. […] Toda limitación de derechos sólo podrá imponerse cuando tenga como objetivo garantizar

Argentina[88], o art. 3º da *Ley Orgánica General Penitenciaria* de 1979, da Espanha[89]; e a legislação brasileira.

Desde a já mencionada reforma penal de 1984, o Brasil garante aos presos a reserva geral dos direitos não atingidos pelo sistema de coerção penal através dessa formulação, disposta, expressamente, no art. 38 do CP[90], no art. 3º da LEP[91], e, de certa forma, no art. 185 também da LEP[92], que se conecta diretamente aos anteriores por relacionar as situações de excesso e desvios da execução ao descumprimento de seus preceitos[93].

O reconhecimento de tal prerrogativa de direitos representa hoje um importante papel na afirmação da posição do preso como sujeito de direitos e assegura seu pertencimento ao âmbito de proteção de todo o sistema de justiça garantindo-lhe o tratamento humano e condigno ao abrigo e respeito dos preceitos constitucionais e legais. Nesse sentido, ele dá azo não só a proteção do preso, mas ao dever do Estado de efetivar a condição de direitos civis e sociais dos presos, impondo uma atitude ativa daquele na realização de uma execução penal adequada ao exercício de direitos não afetados do preso.

O segundo âmbito diz respeito aos direitos que decorrem especificamente da relação jurídica que surge com a realização da pena, das medidas cautelares e das medidas de segurança. Por eles são assegurados expressamente alguns dos direitos civis e sociais não afetados pela condenação e são objetivados alguns direitos que surgem diretamente do regime de submissão próprio à execução das medidas punitivas e cautelares e do cumprimento legal do itinerário de efetivação dessas medidas e das funções (punitivas e limitadoras) atribuídas a elas. As constituição e efetivação desses direitos visam, portanto, assegurar o escorreito cumprimento da execução das medidas, ora protegendo o preso de eventuais excessos e

---

condiciones de internamiento dignas y seguras, en su caso, la limitación se regirá por los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad.

[88] Argentina – Ley 22.660 – […] art. 2º: El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone.

[89] Espanha – Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 – […]Artículo tercero: La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. […]

[90] CP – Art. 38: O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

[91] LEP – Art. 3º: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

[92] LEP – Art. 185: Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares. [...]

[93] ROIG, 2017, p. 129.

arbítrios decorrentes do exercício concreto dos aparatos da execução penal; ao, *v.g*, protegê-los contra qualquer forma de sensacionalismo, assegurar-lhes o direito a visita, o direito à entrevista pessoal e reservada com o advogado, ou o direito de petição junto a qualquer autoridade em defesa e seus direitos, etc.; ora garantindo-lhe os meios e a assistência necessária para que o cumprimento daquelas medidas siga o rito de deveres e direitos definidos em lei e alcance o necessário respeito à humanidade da pessoa presa; como, por exemplo, quando determina o direito à alimentação suficiente, quando define o direito à progressão e os requisitos para se alcançar tais direitos, ou quando assegura ao preso o direito de uma distribuição proporcional entre o tempo de trabalho, descanso e recreação, entre outros.

Da junção desses dois âmbitos de direitos assegurados ao preso é possível enumerar alguns dos principais dispositivos de proteção do preso e humanização das formas de execução das medidas punitivas e cautelares. Esses dispositivos originam-se tanto da proteção constitucional direta avocada pela reserva de direitos não atingidos, quanto de dispositivos expressos em lei, sendo comum que o mesmo direito encontre salvaguarda por disposição expressa dessas duas fontes. Assim, como se deu com a definição dos deveres dos presos, a LEP é o principal instrumento infraconstitucional a tratar da matéria, destinando seção apenas para tratar dos direitos dos presos – Título II (Do condenado e do Internado), Capítulo IV (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), Seção II (Dos Direitos) –, mas não é o único, já que é possível encontrar direitos em outras normas, como o Código Penal e algumas leis extravagantes. Segue, logo em seguida, relação de alguns dos direitos assegurados aos presos pelo ordenamento jurídico brasileiro; o rol apresentado, entretanto, é exemplificativo não exaurindo o universo de direitos dos presos. Antes, deve-se destacar que o presente trabalho não vai discorrer de forma mais detida sobre nenhum desses direitos, sob pena de desviar-se dos objetivos traçados, basta aqui estabelecer a relação jurídica de direitos e deveres dos presos e do Estado como meio para melhor compreender as dinâmicas da disciplina prisional. São direitos dos presos:

1- Direito à integridade física, moral e psíquica (art. 5º, III, X e XLIX da CRFB/88; art. 40 da LEP).
2- Direito à alimentação suficiente (art. 6º, *caput* da CRFB/88; art. 41, I da LEP).
3- Direito a vestuário (art. 41, I da LEP).
4- Direito a alojamento (art. 12; e 13 da LEP)
5- Direito à atribuição de trabalho (art. 6º, *caput* da CRFB/88; art. 41, II da LEP).

6- Direito à remuneração pelos trabalhos prestados (art. 7º, VII da CRFB/88; art. 41, II da LEP; art. 39 do CP).
7- Direito à Previdência Social (art. 6º, *caput* da CRFB/88; art. 41, III da LEP; art. 39 do CP).
8- Direito à constituição de pecúlio (art. 41, IV da LEP).
9- Direito à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação (art. 6º, *caput* da CRFB/88; art. 41, V da LEP).
10- Direito ao exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, desde que compatíveis com a execução da pena (art. 5º, IX da CRFB/88; art. 41, VI da LEP).
11- Direito à assistência material (art. 11, I; 12; 13; e 41, VII da LEP).
12- Direito à saúde (art. 6º, *caput* da CRFB/88; art. 11, II; 14; e 41, VII da LEP).
13- Direito à assistência jurídica (art. 5º, LXXIV da CRFB/88; art. 11, III; 15; 16; e 41, VII; 99 da LEP).
14- Direito à educação (art. 6º, *caput*; 205 da CRFB/88; art. 11, IV; 17; e 41, VII da LEP).
15- Direito à assistência social (art. 11, V; 22; 23; 41, VII da LEP).
16- Direito à assistência religiosa (art. 5º, VII da CRFB/88; art. 11, VI; 25; 41, VII da LEP).
17- Direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (art. 5º, X da CRFB/88; art. 41, VIII da LEP).
18- Direito de não ser exposto à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena (art. 5º, X da CRFB/88; art. 198 da LEP).
19- Direito à entrevista pessoal e reservada com o advogado (art. 5º, LXIII da CRFB/88; art. 41, IX da LEP; art. 7, III da Lei 8.906/84).
20- Direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X da LEP).
21- Direito ao chamamento nominal (art. 41, XI da LEP).
22- Direito à igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena (art. 41, XII da LEP).
23- Direito à audiência especial com o diretor do estabelecimento (art. 41, XIII da LEP).
24- Direito à representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito (art. 5º, XXXIV, “a” da CRFB/88; art. 41, XI da LEP).

25- Direito ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. (art. 5º, IX E XV da CRFB/88; art. 41, XV da LEP).
26- Direito de receber atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (art. 5º, XXXIV, "b" da CRFB/88; art. 41, XVI da LEP).
27- Direito a contratar médico de confiança pessoal a fim de orientar e acompanhar eventuais tratamentos (art. 43 da LEP).
28- Direito à individualização da pena, com a alocação no regime disciplinar adequado a sua situação jurídica (art. 5º, XLVI da CRFB/88; art. 33 e 34 do CP).
29- Direito das mulheres de cumprir pena em estabelecimento próprio (art. 5º, XLVIII da CRFB/88; art. 37 do CP; art. 82, § 1° da LEP).
30- Direito à detração penal (art. 42 do CP).
31- Direito à progressão de regime (art. 33, § 2º do CP; art. 112 da LEP).
32- Direito à substituição da pena quando possível (art. 44, 54, 55 e 60, §2º do CP).
33- Direito ao livramento condicional se atendidos os requisitos (art. 83 do CP; art. 131 e ss. da LEP).
34- Direito à vida (art. 5º, *caput*, CRFB/88).
35- Direito à propriedade de bens materiais e imateriais, com exceção daquelas parcelas alienadas em função da execução das medidas de intervenção (art. 5º, XXII, XXXVII, XVIII, XXX, da CRFB/88).
36- Direito à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem pessoal (art. 5º, X da CRFB/88).
37- Direito de livre consciência e credo (art. 5º, VI da CRFB/88).
38- Direito de acesso à cultura (art. 215, da CRFB).
39- Direito à indenização por erro judicial e por prisão além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV da CRFB/88).
40- Direito à remição da pena (art. 126 da LEP).
41- Direito à saída temporária (art. 122; 123 da LEP).

Não obstante seja possível levantar essa fecunda lista de direitos dos presos, há de se alertar que a simples existência desses dispositivos não é suficiente para a realização de uma hígida relação de poder entre indivíduo e Estado.

> As declarações formais de direitos, gerais e abstratas, são de pouco valor. Elas correspondem à ideologia do sistema e encobrem desigualdades, dominação e opressão, através de representações ilusórias. Só adquirem relevância e significação prática quando magistrados lúcidos, dispostos a usar de seu poder formidável para o progresso social, as fazem valer, delas retirando todo o seu potencial de império, através de interpretação criadora, orientada no bom sentido. Isto é, infelizmente, pouco comum. (FRAGOSO, 1980, p. 7)[94]

Esse chamado de H. C. Fragoso (1980) aos magistrados é cabível aos dias de hoje, e deve ser estendido não só eles, mas a todos os envolvidos direta ou indiretamente na aplicação formal e material das medidas de intervenção punitivas e cautelares. Inclui-se aqui, políticos, agentes da administração prisional, policiais, agentes de segurança prisional, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, advogados, governo, a sociedade, os familiares dos presos, os preso, entre outros. O reconhecimento dos direitos dos presos não pode ser meramente programático, e deve ser posto em prática pelos agentes responsáveis pela execução e administração do poder punitivo. Somente com a devida adequação das medidas de intervenção punitivas e cautelares aos preceitos legais de respeito à humanidade e aos direitos dos presos é que se poderá falar em uma verdadeira efetivação das funções estabelecidas ao sistema de coerção penal, que se presta, nos melhores moldes do *utilitarismo jurídico*[95] garantista de L. Ferrajoli (2010), a realizar as obrigações impostas com o cumprimento do título executivo com o mínimo de sofrimento e o máximo de respeito ao valor humano possíveis (inclui-se aqui tanto vítimas quanto infratores).

> De fato, a mesma necessidade de segurança jurídica, especialmente de segurança do indivíduo frente ao Estado, que fundamenta o princípio da legalidade, exige que os direitos e deveres recíprocos do recluso e da administração penitenciária sejam legalmente protegidos, o que a deixa entender como uma verdadeira exigência de um Estado de direito. O respeito devido pela pessoa do recluso não se realiza enquanto não se protegerem e garantirem os seus direitos que são parte integrante e substancial da sua personalidade. (RODRIGUES, 1999, p. 25-26)

---

[94] Interessante notar que H. C. Fragoso mostra aqui sua predileção para com o movimento de jurisdicionalização da execução penal, que à época de seus escritos era bastante discutida, mas que não encontrava uma experiência real no Brasil, tanto que a Lei de Execuções Penais editadas anos depois desses escritos destacou a jurisdicionalização como um dos caminhos de superação do hiato de legalidade da execução penal brasileira.

[95] Segundo preceitua L. Ferrajoli (2010, p. 242-244), o mal da pena deve ser confrontável com o bem perseguido pelos fins dela, pois só assim será aquele um meio necessário, e esse um fim justificável. Racionalmente, constrói-se uma vinculação entre meios e fins da pena, no qual o mal realizado pelo primeiro (meio) deve representa um custo menor do que a não satisfação do segundo (fins). Trata-se, desta forma, da adoção de um utilitarismo jurídico que persegue o máximo bem estar dos não desviantes, e o mínimo mal-estar dos desviantes, evitando meios mais gravosos do que os necessários. Previnem-se, com isso, injustas punições ao definir o limite máximo da pena. O utilitarismo jurídico, marcadamente garantista, avoca a tutela do delinquente como principal escopo de sua agenda de limitação dos poderes abusivos e arbitrários do direito de punir. Para tal, necessário impor um modelo no qual os mais fracos estejam mais bem protegidos. Assim, esse utilitarismo visa proteger a vítima quando do delito e proteger o condenado quando da pena. Forçoso, portanto, a construção de uma política penal que prima pelo respeito dos direitos fundamentais, e que os assuma como bens que não se justifica ofender nem com os delitos e nem com as punições. Só assim poderá se definir o limite máximo da intervenção penal.

Ademais, o modelo pressupõe a existência de meios de controle de uma regulação legal que defina de forma certa e precisa o conteúdo das restrições e obrigações impostas aos indivíduos submetidos à privação de liberdade[96]. Sem um parâmetro legal bem definido para as restrições e um instrumento de controle eficaz, a garantia dos direitos dos presos e a definição das restrições ficam sujeitas ao arbítrio dos operadores da execução penal, que, a experiência mostra, têm a tendência predominante a imposição de modelos de máxima restrição e sofrimentos dos presos, seja apoiada sob o argumento da manutenção da ordem e da disciplina ou motivada por revanchismos, desejos latentes de empoderamento, aplicação da concepção própria de justiça, entre tantas outras formas de arbítrio.

1.2.4 Condicionamentos e Relativizações dos direitos dos presos

Apesar da anteriormente mencionada visão coletiva de sujeição absoluta do preso que o alijava de qualquer pretensão de direitos ter se dissipado com o reconhecimento da posição de direitos do homem, ainda se faz muito presentes na rotina prisional atitudes e ideologias que deturpam a posição jurídica do preso como sujeito de direitos. A disponibilidade e o gozo dos direitos pelos presos enfrentam sistematicamente a míngua de condicionamentos e relativizações que deturpam a concepção daqueles valores.

> [...] pode-se dizer que há um *déficit teórico* quase paralisante no tema dos "direitos dos presos". Afinal, qualquer direito do condenado recluso é afirmado através de uma formulação de tipo "condicional", tais como as recorrentes "desde que as circunstâncias o recomendem", "desde que seja adequado conforme a personalidade do condenado", "que se observe as necessidade da disciplina", e assim por diante, *reconfirmando* a presença de espaços livres do direito abertos por quem, discricionariamente, pode também negá-los. Logo tais formulações são filhas legítimas de da teoria administrativista da "supremacia especial". (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 239)

Os direitos dos presos geralmente estão em segundo plano na ordem de prioridades do Estado e da sociedade, o que facilmente pode ser constatado pela complacência desses com as situações degradantes vivenciadas pela precariedade estrutural e pela superlotação das unidades prisionais brasileiras que estão assoladas pela falta de condições básicas para uma existência digna. A função de defesa social das medidas punitivas e cautelares penais, aliada à postura de sobrepujado controle da ordem e da disciplina, define a medida do possível ao

[96] Nesse sentido, R. M. M. y Matín (2011, P. 266), ao relacionar a garantia da reserva de direitos não atingidos pela regra nº 2 das Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006, destaca que por aquele dispositivo: "Se

exercício de diversos direitos dos presos. É o que se observa, por exemplo, em posicionamentos como o de G. S. Nucci (2012, p. 994-995), que nega a "[...] possibilidade de se considerar absoluto qualquer direito ou garantia individual, sob pena de haver o perecimento de outro (ou outros) [direitos] mais relevante", e relativiza a situação de direitos dos presos ao admitir que o gozo de seus direitos sejam condicionados sobre pretextos alarmistas e pressuposição de periculosidade dos indivíduos pelo simples fato dele estar submetido ao sistema de penas e medidas cautelares. A título de exemplo, para o autor mencionado a efetivação do direito à segurança na unidade prisional e na própria sociedade justifica o "[...] controle estatal sobre o conteúdo das correspondências dos presos" com a regular violação e censura das correspondências dos presos pelos agentes da administração prisional[97], sob o pretexto de que é uma decorrência natural da pena privativa de liberdade a restrição da intimidade. Uma prática que, na realidade, avoca a probabilidade abstrata dos presos utilizarem de correspondência para cometer práticas ilícitas e/ou planejar meios de subversão da ordem e da disciplina da unidade prisional, que, nas palavras de R. D. E. Roig (2017, p. 147), "[...] importaria afirmar que todos eles são permanentemente suspeitos de dirigir organizações criminosas, planejar fugas e praticar delitos por meio epistolar [...]". Posição essa conflitante com a própria concepção democrática e liberal de limitação do poder punitivo, que presa pela presunção de inocência e pela imposição de um controle penal de fato, não de autor.

Os direitos, nesse ínterim, são moeda de troca na relação de poder entre Estado e indivíduos, sendo, geralmente associados a favores e privilégios concedidos pela unidade prisional em razão da adequação do preso ao regime proposto ou como um sinal de boa vontade da administração, que, sob a ameaça de revogação, busca controlar a conduta e comportamento dos presos[98]. Cultura essa institucionalizada e apoiada pela própria lei que estabelece condições e requisitos a serem atendidos para se ter acesso a alguns direitos, como

---

establece sin duda una cláusula de protección de los derechos de los internos que obliga a la existencia de una regulación legal para los contenidos restrictivos de derechos del internamiento".

[97] Em Minas Gerais, o art. 491 do ReNP-MG prevê a possibilidade de vistoria da correspondência dos presos, além de limitar a quantidade de folhas por correspondência, restringindo o envio de cartas ao máximo de 20 gramas (aproximadamente 03 folhas segundo o próprio documento). As unidades, inclusive, dispõem de setor próprio para a censura (termo utilizado pelo regulamento) das correspondências recebidas ou enviadas aos presos, sendo uma das atribuições dos Agentes de Segurança Penitenciária a vistoria das correspondências enviadas aos presos (art. 205, XII do ReNP-MG).

[98] Ilustra essa afirmação passagem de L. A. B. Chies (2008, p. 166), em que diz: "Os Administradores são cientes de que a principal estratégia que os apenados podem desenvolver para acessar a liberdade em tempo menor do que o dos parâmetros da condenação é a remição. Sabem, igualmente, que esta é acessível mediante as atividades laborais, as quais são escassas em todas as casas prisionais, em especial nas modalidades em que conferem o direito à remição. E, pois, por meio da gestão estratégica do acesso ao trabalho que a administração tem um dos seus maiores potenciais de produzir disciplina nos apenados."

também constitui poderes e meios para limitá-los caso seja conveniente à administração. É o que acontece, por exemplo, com o disposto no art. 41, parágrafo único da LEP[99], que autoriza o diretor dos estabelecimentos prisionais a suspender ou restringir, mediante ato motivado, os direitos dispostos no art. 41, V, X, XV da LEP[100], que estabelecem, respectivamente: o direito à distribuição proporcional do tempo entre trabalho, descanso e recreação; direito à visita; e o direito ao contato com o mundo exterior.

Essa situação, aliada a falta de mecanismos de controle eficazes do poder e meios hábeis para que os presos possam reclamar por seus direitos (não raro a censura das correspondências atuam como forma de silenciar os canais de comunicação do preso com o mundo extramuros), colocam a situação de direitos dos presos em total dependência do arbítrio da administração e agentes prisionais e da postura repressiva adotada por eles. Afinal, a relação de poder entre Estado e indivíduos submetidos diretamente às medidas punitivas e cautelares de coerção penal, que deveria ser balanceada pela distribuição das obrigações mútuas exigidas da execução daquelas medidas, tende a promoção das pretensões dos mais fortes (poder punitivo) em detrimento a dos mais fracos (indivíduos), se não for vigiada e constantemente relembrada dos preceitos democráticos e humanizantes que informam e orientam seu exercício.

> A execução penal em nosso país ainda é finalisticamente orientada para a proteção de certos "bens jurídicos", tais como ordem, disciplina e segurança, corriqueiramente usados como pretexto para a violação de direitos fundamentais das pessoas presas. Esta é de fato uma realidade mundial atual. Conforme explica Gustavo Arocena, muitas vezes os riscos para os direitos fundamentais das pessoas presas decorrem da sobrevalorizada centralidade que a agência penitenciária atribui às questões relativas à segurança, disciplina e ordem interna no estabelecimento carcerário, sendo frequente que o pessoal penitenciário ajuste toda a sua atividade no sentido de um controle estrito que evite possíveis desviações, sem reparar nas eventuais afetações aos direitos das pessoas presas. (ROIG, 2017, p. 197-198)

Nesse contexto vicioso em que a execução penal se desenvolve, o regime disciplinar prisional é um dos elementos determinantes dessa situação de desrespeito aos direitos dos presos que assola a execução penal, na medida em que a subserviência imposta pelos instrumentos de controle da disciplina prisional realiza um regime punitivo orientado às formas mais repressivas e aviltantes de domínio e docilização do homem, que invariavelmente

[99] LEP – Art. 41: [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

[100] LEP – Art. 41: Constituem direitos do preso: [...] V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; [...] X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...] XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. [...]

se traduzem em práticas que desconsideram qualquer direito ou aspecto da humanidade dos presos. Não por outro motivo o domínio disciplinar do preso, as práticas disciplinares e a imposição de submissão às ordens da administração prisional e de seus agentes estão no cerne; como se pode ver dentre as várias normas elencadas que afirmam o princípio da humanidade na execução penal; das preocupações com a efetivação dos direitos humanos no âmbito prisional.

Nesse sentido, entrando especificamente no objeto central desse trabalho, passa-se a análise da disciplina prisional buscando, a fim de melhor compreender os reflexos do instituto sobre a situação de direitos dos presos e a colocação e efetivação do princípio da humanidade, determinar os elementos e características essenciais desse instituto, bem como as relações de poder e a funções atreladas a seu exercício.

1.3 A disciplina prisional como instrumento de efetivação e controle interno da execução penal

A administração prisional, no exercício de sua atribuição, deve programar e proporcionar os elementos necessários ao cumprimento da execução penal e os objetivos atribuídos a ela, que, segundo o art. 1º da LEP, consistem em "[...] efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". O cumprimento de tal atividade demanda a constituição e a administração de um conjunto dinâmico de fatores que, envolvem a gerência de coisas e pessoas em um ambiente intrinsecamente violento e degradante, e se desenvolvem em meio de constante tensão entre as pretensões do poder público (e seus agentes) e as dos administrados. Dessa dinâmica periclitante exsurge a necessidade da administração prisional impor certo controle sobre os sujeitos e relações que se desenvolvem naquele âmbito, a fim de determinar a ordem necessária ao cumprimento de sua incumbência, em segurança e conformidade com o programa idealizado por ela. Para tal avoca-se como principal elemento para esse controle: a disciplina prisional.

Segundo conceito de A. B. Miotto (1975, p. 349), a disciplina (*latu sensu*) consiste na "ordem estabelecida por normas (costumeiras ou escritas) delimitadoras de direitos e deveres, entre pessoas da mesma categoria e entre essas pessoas e as demais, de categorias diferentes, num escalonamento que compõe a hierarquia; vivência dessa ordem", sendo a disciplina prisional a adequação desse modelo "[...] às particulares exigências dos estabelecimentos de execução (ou de cumprimento) das sanções penais (penas e medidas de segurança; por

extensão *mutatis mutandis*, das casas de prisão provisória)". Nesse limite, a disciplina prisional compreende as imposições que ordenam a atuação tanto dos presos quanto do *pessoal penitenciário*[101], de forma que suas ações e o espaço em que elas se desenvolvem sejam delimitados e orientados em adequação aos objetivos assegurados pela atividade.

As regras aplicadas a cada grupo, por óbvio, não só são diferentes como têm funções distintas, impondo comandos que variam de acordo o papel do indivíduo frente às finalidades do aparato executivo penal. Inclusive, a área de atuação de cada uma delas é diferente, sendo que a disciplina aplicada ao pessoal penitenciário pertence ao campo do *direito administrativo* e a disciplina aplicada aos presos é matéria própria do *direito de execução penal*, resguardando a peculiaridade de suas respectivas áreas na definição e aplicação de suas regras. Ao que destaca, a título de exemplo, a definição das faltas disciplinares que no caso dos presos devem ser, em razão do princípio da reserva legal, determinadas de forma taxativa, enquanto as faltas disciplinares do pessoal penitenciário são determinadas de forma genérica[102]; como a violação de qualquer descumprimento de suas funções e deveres (MIOTTO,1975, p. 351). Ademais, conforme lição de A. B. Miotto (1975, p. 351), a disciplina imposta ao pessoal penitenciário "[...] tem como alvo o bom andamento do serviço, o bom funcionamento do órgão, para que dito órgão realize as suas finalidades no setor do bem comum que lhe é próprio [...]", ou seja, ela intenta programar a atuação do funcionário para que o produto de seu trabalho auxilie na concretização das finalidades postas ao órgão; enquanto a disciplina imposta aos presos, em função diversa, "[...] visa o bom funcionamento da sanção, para que se realizem as suas finalidades no próprio sentenciado (embora isso haja de ter, e tenha, reflexos imediatos no ambiente do órgão prisional, e remotos, isto é, futuros, no ambiente em que o liberado ou egresso irá viver)". Quer dizer, o fim da imposição disciplinar, apesar de aplicar efeito mediato sobre a rotina prisional, é primordialmente programado como meio de transformação do indivíduo, atuando nele, e não através dele, para se alcançar as finalidades atribuídas à pena, dada a importância ocupada pela função corretiva de ideologia ressocializadora no aparelho executivo penal. A esse trabalho interessa apenas a

---

[101] Denominação atribuída pela doutrina e pela própria LEP (art. 76) para designar os diferentes agentes executivos encarregados de executar o aparato administrativo prisional, dentre eles: a direção da unidade prisional, demais funcionários administrativos, agentes de segurança prisional, técnicos da Comissão Técnica de Classificação, etc.

[102] Sobre o tema dispõe M. S. Z. Di Pietro (2012, p. 668): "Não há com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. a maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes e contravenções."

disciplina prisional aplicada ao preso, desta forma sempre que essa for mencionada durante o texto será aplicada tão somente com esse sentido.

1.3.1 Poder Disciplinar e Disciplina Prisional

Na história da pena privativa de liberdade a disciplina aplicada aos presos sempre ocupou espaço importante na definição do castigo imposto pela sanção penal, como se pode observar, por exemplo, na função que ela cumpre junto à proposta punitiva do sistema penitenciário Pensilvânico e Auburniano, que, apesar das diferenças, buscavam, segundo lição de M. Pavarini e D. Melossi (2006, p. 218-219), "[...] a transformação do 'sujeito real' (criminoso) no 'sujeito ideal' (encarcerado)" por meio de rígida disciplina. Assim, segundo os autores, o movimento de transformação operado pela disciplina prisional, cujo principal instrumento era o isolamento, era direcionado à "[...] progressiva redução da personalidade criminosa (rica na sua individualidade desviante) a uma dimensão 'homogênea', ou seja, fazendo-a, exclusivamente, sujeito da necessidade", o que facilitava a submissão do recluso ao fim proposto para a pena e o controle da massa carcerária, uma vez que as relações e as alianças entre os reclusos eram destruídas, persistindo apenas as relações verticais de poder (entre preso e instituição).

> Quanto aos instrumentos utilizados, não são mais jogos de representação que são reforçados e que se faz circular; mas formas de coerção, esquemas de limitação aplicados e repetidos. Exercícios, e não sinais: horários, distribuição do tempo, movimentos obrigatórios, atividades regulares, meditação solitária, trabalho em comum, silêncio, aplicação, respeito, bons hábitos. E finalmente, o que se procura reconstruir nessa técnica de correção não é tanto o sujeito de direito, que se encontra preso nos interesses fundamentais do pacto social: é o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente nele. Duas maneiras, portanto, bem distintas de reagir à infração: reconstituir o sujeito jurídico do pacto social — ou formar um sujeito de obediência dobrado à forma ao mesmo tempo geral e meticulosa de um poder qualquer. (FOUCAULT, 2009, p.124-125)

No sistema Pensilvânico, técnica carcerária Quaker de notada feição religiosa[103], a reforma do preso era realizada a partir de processo educativo que buscava a "[...] relação do

[103] A técnica penitenciária Quaker é notadamente inspirada na forma monástica de penitência. Sobre esse modelo eclesiástico destaca-se lição de A. B. Miotto (1992, p. 25): "No entendimento da igreja, já desde os seus primeiros tempos, a pena deve servir para a penitência, consistindo essa na 'volta sobre si mesmo', com espírito de compunção, para reconhecer os próprios pecados (delitos), abominá-los, e propor a não tornar a incorrer neles (isto é, não reincidir). A pena deveria constituir, pois, em atos ou atividades e situações capazes de estimular a penitência, como, por exemplo (não exclusivo) o recolhimento a locais adequados, ditos penitenciários, cujo ambiente, suficientemente austero, favorecesse o necessário espírito de compunção com que haviam de ser praticados semelhantes atos e exercidas semelhantes atividades".

indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro" (FOUCAULT, 2009, p. 224), valendo-se do aparato arquitetônico de confinamento solitário absoluto[104] e da rígida imposição de disciplina, para obrigá-lo a refletir sobre seus erros e a confrontar seus sentimentos de compunção; caminho pelo qual se indicava a correção do caráter moral e a salvação espiritual do recluso. A disciplina, nesse contexto, buscava cumprir a função indicada acima a partir de um modelo austero de controle do corpo recluso, programado para submeter o homem a autognose, a reflexão moral e ao exame de consciência por meio da imposição de hábitos de controle/autocontrole físico (constrangimentos mecânicos), acreditando que a imposição externa de ordem e disciplina ao corpo se transfiguraria em adequação do espírito, na medida em que os instrumentos de disciplina constringem o corpo de forma que ele não tem opção, a não ser volta-se para si mesmo, instância em que processo de reforma do preso ocorre (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 221). Assim, o estado anímico do preso era transformado a partir da domesticação e docilização do corpo do recluso pelo rigoroso regime disciplinar que, além do já mencionado isolamento, impunha a educação/dedicação religiosa, a imposição de silêncio, o trabalho, e uma severa rotina de dependência do preso para com a instituição, como forma de admoestação da personalidade perigosa.

O sistema penitenciário Auburniano, por sua vez, orientado primordialmente a exploração da força de trabalho do recluso com a adaptação do cárcere a um modelo industrial de produção, valia-se de um modelo rígido de disciplina como forma de controle da massa carcerária que durante o dia era distribuída em um ambiente fabril comum em função do modelo de manufatura industrial amplamente dependente do maquinário pesado[105]. A rotina imposta ante essa necessidade de controle era extremamente rígida, e dominava todos os movimentos do preso, que deveria seguir em marcha ordenada para cada uma das etapas da sua rotina diária, que se dividia basicamente entre o confinamento celular noturno, os momentos de refeição e o trabalho (fabril). Isso dividia a rotina em dois momentos de

[104] Proibia contatos interpessoais que não fossem aqueles realizados sob âmbito das relações verticais entre indivíduo e instituição, a fim de evitar "o perigo de 'contaminação' entre os presos e entre eles e o mundo externo [...]" (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 220). Tendo com exceção a visita de "pessoas piedosas" encarregadas de ajudar o processo de recuperação do preso influenciando-os no caminho de redenção da pena (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 179-180).

[105] Sobre o sistema Auburniano, destaca-se a lição de G. Rusche e O. Kirchheimer (2004, p. 183-184): "Quase todas as prisões adotaram o sistema de Auburn, que se tornou praticamente sinônimo de administração penal americana. Este método de confinamento solitário à noite e trabalho coletivo nas oficinas durante o dia permitiu a organização dos prisioneiros com o máximo de eficiência industrial. Com a difusão gradual da maquinaria, este método teve uma vantagem tremenda sobre qualquer sistema celular. As prisões tornaram-se fábricas operosas novamente e começaram a reproduzir bens em base lucrativa. A teoria Quaker de confinamento solitário

isolamento diferentes: o isolamento celular durante a noite (período de descanso), e durante o dia, como era necessário juntar vários presos no mesmo ambiente, o isolamento acontecia por meio da imposição de silêncio absoluto (influência do modelo Quaker). Nesse contexto, a disciplina rígida de isolamento era aplicada para anular qualquer relação horizontal, buscando evitar intervenções subjetivas e a organização dos presos, a fim de facilitar o controle. O objetivo proposto à execução penal, além do aproveitamento de mão-de-obra, era "[...] requalificar o criminoso como indivíduo social: ele o treina para uma 'atividade útil e resignada'; devolve-lhe 'hábitos de sociabilidade' [...]" (FOUCAULT, 2009, p. 224), e a disciplina era o instrumento que permitia a submissão do homem ao modelo exploratório de trabalho pelo qual se consubstanciava a pena.

> O modelo disciplinar que reina na produção (livre) – da hipótese manufatureira à realidade da fábrica – acaba então por se impor, como "projeto" dominante, no interior da organização penitenciária (do cárcere filadelfiano ao de Auburn). Mesmo levando em conta suas importantes diferenças (diversidade no sistema de produção, diversidade, portanto, na "educação" para o "trabalho subordinado"), as duas experiências carcerárias apresentam um traço comum: a *destruição*, através do isolamento, de toda e qualquer *relação paralela* (entre os internos trabalhadores, entre os "iguais"), e, em contraposição, a *ênfase*, através da disciplina, nas *relações verticais* (entre superior/inferior, entre "diferentes"). (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 219)

Pelo exposto, fica evidente o uso remoto da disciplina prisional como instrumento de controle e normalização dos indivíduos delinquentes. Função essa proveniente da mecânica de controle social estabelecida a partir do paradigma de poder denominado: poder disciplinar.

Segundo lição de M. Foucault (2013, p. 278-295), o poder disciplinar inaugura, entre os séculos XVII e XVIII, uma *nova economia geral de poder* que altera a mecânica de controle/domínio do corpo social. Antes dessa mudança, o controle era exercido a partir da dinâmica de relação baseada no binômio soberano-súdito, em que o poder se exercia pelo controle descontínuo dos subordinados, "[...] por meio de um sistema de taxas e obrigações distribuídas no tempo [...]", que se concentrava na "[...] extração e apropriação pelo poder dos bens e da riqueza [...]", como forma de afirmação da relação de submissão do súdito ao poder soberano (FOULCAULT, 2013, p. 291). Todavia, com o advento da mecânica de controle do poder disciplinar, o âmbito de exercício do aparato de controle social é alterado e passa das terras e produtos para os corpos das pessoas e seus atos, buscando docilizar os indivíduos para extrair de seus corpos o tempo e a força de trabalho, tão necessário ao capitalismo industrial

---

manteve ainda uma certa dose de influência, entretanto, pelo fato de que foi introduzida uma barreira de silêncio para prevenir a contaminação mútua de prisioneiros e torná-los receptivos a reflexão moral".

emergente à época. O controle social, sob esse novo paradigma, é aplicado a partir de um código de normalização incutido nos indivíduos através de uma vigilância contínua que constrange o indivíduo à adequação, seja por meio da constante sensação de controle ou pelo sistema sancionador ativo imposto contra eventuais desvios. Nessa dinâmica, o indivíduo é apresentado a um modelo normativo de comportamentos e movimentos idealmente concebido em atenção às demandas de poder, pelo qual se estabelece os parâmetros de normalidade e anormalidade que fundamentam a intervenção do poder disciplinar[106]; operado a partir de sanções normalizadoras que objetivam a conversão do *anormal/errado* (indivíduo que desvia da norma) em *normal/certo* (indivíduo adequado à norma e obediente aos mandamentos do poder)[107]. Desta forma, o poder disciplinar propiciava "[...] simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina" (FOULCAULT, 2013, p. 291) por meio de um controle contínuo sobre o corpo social, impondo um "sistema minucioso de coerções materiais" (FOULCAULT, 2013, p. 291) através de um sistema de vigilância inclinado à normalização dos indivíduos, tendo como principal instrumento de coerção a sanção normalizadora, cujo fim precípuo é a fabricação de corpos dóceis.

> A disciplina "fabrica" indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os compararmos aos rituais majestosos da soberania ou aos grandes aparelhos do Estado. (FOUCAULT, 2009, p. 164)

Essa economia de poder marca a atual dinâmica de relações do ambiente prisional brasileiro, estabelecendo, nesse âmbito, um rígido aparato de constrição disciplinar orientado, precipuamente, a docilização do apenado com o intuito de efetivar os objetivos, já dimensionados, da execução penal, quais sejam: a efetivação das disposições da sentença e decisão judicial em um ambiente ordeiro e seguro, proporcionando os elementos (materiais e morais) necessários para o cumprimento das ideologias de prevenção especial positiva.

---

[106] "Este mecanismo de dois elementos permite um certo número de operações características da penalidade disciplinar. Em primeiro lugar, a qualificação dos comportamentos e dos desempenhos a partir de dois valores opostos do bem e do mal; em vez da simples separação do proibido, como é feito pela justiça penal, temos uma distribuição entre pólo positivo e pólo negativo; todo o comportamento cai no campo das boas e das más notas, dos bons e dos maus pontos. É possível, além disso, estabelecer uma quantificação e uma economia traduzida em números. Uma contabilidade penal, constantemente posta em dia, permite obter o balanço positivo de cada um." (FOUCAULT, 2009, p. 173)

[107] "Na disciplina, a norma é um modelo ideal, construído em função de um certo resultado esperado. É a partir desta norma que se definirá quais indivíduos serão considerados normais ou anormais" (VIANNA, 2006, p. 109).

Para tal tarefa o sistema prisional aplica a essência do que M. Foucault (2009, p. 255-257) identifica como "[...] sete máximas universais da boa 'condição penitenciária'"; são eles: (1) o princípio da correção, que atribui à detenção penal função de transformação do comportamento do indivíduo; (2) o princípio da classificação, que estabelece a separação dos reclusos "[...] de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles [...]"; (3) o princípio da modulação das penas, que prega a modificação corrente da pena segundo as individualidades e resultados apresentados pelos reclusos no curso de sua execução; (4) o princípio do trabalho como obrigação e como direito, que estabelece o trabalho como "uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos"; (5) o princípio da educação penitenciária, que firma a educação/instrução do recluso como instrumento essencial aos objetivos da pena, tratando-se de "[...] uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento"; (6) o princípio do controle técnico da detenção, que defende o controle do regime prisional por "[...] um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos"; e, por fim, (7) o princípio das instituições anexas, que define o acompanhamento do detento por "[...] medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva [...]", o que abrangeria não só o período compreendido pela sanção penal, como também o subsequente à pena, com a reintegração do preso à vida em sociedade. Hodiernamente, esses princípios configuram o conteúdo do programa de efetivação da execução penal e a base de desenvolvimento do tratamento prisional que, como se destacará, encontra na imposição de regime disciplinar um dos principais meios de concretização dos seus objetivos.

1.3.2 A Normalização do Recluso pelo Tratamento Prisional

O *tratamento prisional*; também denominado *tratamento penitenciário* ou *tratamento reeducativo*; consiste, segundo J. Albergaria (1993, p. 41), em: "[...] uma ação empreendida junto ao delinquente, com o objetivo de tentar modelar sua personalidade para preparar a sua reinserção social e afastá-lo da reincidência". Por esse conceito o leitor pode perceber a proximidade do poder disciplinar com o tratamento prisional, já que os dois apresentam caminhos muito próximos. O primeiro constitui uma mecânica de poder orquestrada com fim de controle e fabricação de corpos dóceis, enquanto o segundo é direcionado precipuamente ao fim útil estabelecido pelas ideologias de prevenção especial positiva, que, traduzindo nos termos daquela mecânica de poder, significa: a docilização do delinquente para normatizá-lo

segundo os parâmetros considerados adequados para que não volte a delinquir quando retornar à sociedade. Nesse sentido, o tratamento prisional, grosso modo, é a aplicação do poder disciplinar direcionado ao fim específico das ideologias de ressocialização[108].

> O termo [tratamento do delinquente] é ambíguo como reconhece Plawski, embora seja indiscutível uma expressão destinada a materializar a idéia de prevenção especial. Abrange não somente a pena privativa de liberdade e se concentra nos seguintes domínios: *moral*, pelas tentativas psicológicas de emenda, de correção, de reabilitação; *familiar* e *profissional*, pelo objetivo de readaptação e de reeducação; *social*, pela finalidade de reinserção, de ressocialização. (DOTTI, 1998, p. 230)

O tratamento prisional surge propriamente com o positivismo criminológico italiano, quando a resposta penal assume viés predominantemente médico-psiquiátrico, tendo a denominação, mesmo com a superação daquele pensamento, persistido[109]. Desde então o tratamento prisional alterou o foco da sua função terapêutica, concentrando-se, nas últimas décadas, na programação de uma função positiva de correção psicossocial do infrator, alinhada a doutrina de prevenção especial positiva. O delito, nessa perspectiva, é um sintoma de inferioridade biopsicossocial do indivíduo que o condicionaria a prática de crimes e o tratamento prisional é o meio de superação dessa condição, que valendo-se de plano de reeducação, ressocialização, reintegração; reforma o indivíduo para que não volte a delinquir quando retornar ao convívio social comum. Nesse sentido, o plano de tratamento traçado ao recluso configura um "investimento pedagógico essencialmente utilitário" (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 144), e tem como objetivo, nas palavras de J. Albergaria (1993, p. 42), "[...] a) modificar a personalidade do réu no sentido eticamente válido e socialmente apto; b) remover tudo o que contribuiu para causar o comportamento delituoso para evitar a reincidência; c) dotar o indivíduo com a capacidade de adequar-se ao mínimo ético jurídico-social; tornar favorável a prognose da reinserção na sociedade". Desta forma,

---

[108] Não se aborda aqui as discussões sobre a legitimidade dessa ideologia, bastando aqui pontuar sua estrita relação fática com o ideal de tratamento prisional aplicado a execução penal e as imposições disciplinares decorrentes dessa dinâmica. A crítica sobre a legalidade e legitimidade dessa relação é trabalha em capítulo vindouro desse trabalho.

[109] Especula A. B. Miotto (1992, p. 116-117) sobre os motivos do termo tratamento ter se perpetuado, com as seguintes palavras: "Pocas han sido las experiencias efectivamente hechas; pero la terminología de la doctrina da la Escuela Positiva, tan propía del lenguage médico, pasó a ser usada aun cuando ningún tratamiento (terapia) fuese hecho, y sigue siendo usado en lugar de la terminología del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal y del Derecho Penitenciario. Sea porque los resultados del tratamiento sustitutivo de la pena no ha correspondido al optimismo de sus partidarios, sea porque se ha verificado que no es verdad que la generalidad de los delincuentes sean enfermos o anormales, y el delito sea efecto de esa enfermedad o anomalía, sea porque la preocupación con los derechos humanos han contribuído para percibir que aquél tratamiento, que había sido propuesto como humanización de la pena, los ignora e los hiere sea por esos o aquellos motivos científica y éticamente válidos, ya hace algún tiempo que los especialistas han retomado su apoyo a la pena ontológicamente ético-jurídica, con funciones y finalidades éticas y utilitarias."

ele é posto a fim de se realizar o princípio da correção, primeira das máximas universais da boa condição penitenciária indicadas anteriormente.

Para realizar esse objetivo, é traçado, a partir de uma análise interdisciplinar do indivíduo, o plano de tratamento prisional, que vai definir, ante suas características sociais, psicológica e matérias, o melhor caminho de efetivação da função corretiva da pena. Essa análise interdisciplinar é realizada através de periódicos exames criminológicos (art. 8º da LEP[110]); realizados assim que o indivíduo inicia o cumprimento da medida, e que devem ser repetidos ao longo desse cumprimento; pelo qual o indivíduo é observado sob a perspectiva analítica de profissionais de diferentes áreas. Dentre eles, assistente social, psiquiatra, psicólogo, etc.; que avaliarão sua personalidade e conduta social[111]. O objetivo dessa análise é colher os elementos necessários a classificação do indivíduo, sobre a qual serão definidos, conforme as características aferidas e os prognósticos estabelecidos pela investigação técnica, os parâmetros para a individualização da execução penal. E isso inclui tanto a disposição espacial do indivíduo dentre os diferentes agrupamentos de reclusos quanto à definição das medidas necessárias ao cumprimento da função corretiva da execução penal. Nesses termos, o exame criminológico cumpre o segundo princípio indicado dentre as máximas universais da boa condição penitenciária – o princípio da classificação –, e proporciona os elementos necessários ao cumprimento do terceiro princípio – o princípio da modulação das penas – ao fornecer o substrato necessário à planificação individualizada do tratamento a ele oferecido nos diferentes momentos da execução. Reconhece-se, desta forma, a pluralidade e o dinamismo humano, na medida em que o tratamento humano é considerado segundo as particularidades de cada indivíduo, e a sua realização é adaptada conforme novos elementos e condições vão surgindo ao longo desse tratamento. Ademais, ainda sobre as máximas universais da boa condição penitenciária, há de se notar que o pressuposto de tecnicidade do exame criminológico representa parte significante da aplicação do sexto princípio indicado –

---

[110] LEP – Art. 8º: O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

[111] A unidade interna responsável por fazer o exame criminológico, classificar o indivíduo e definir o programa de tratamento é a Comissão Técnica de Classificação (CTC), composta, nos termos da LEP (art. 7º da LEP), por "[...] no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social". Em Minas Gerais, a composição do CTC é definida pelo art. 105 do ReNP-MG, *in verbis*: Art. 105: A CTC da Unidade Prisional será composta por: I - Diretor Geral; II - Diretor de Segurança; III - Assessor de Informação e Inteligência; IV - Analista Técnico Jurídico; V - Psicólogo; VI - Assistente Social; VII - Enfermeiro ou Técnico/Auxiliar de Enfermagem; VIII – Médico-Psiquiatra; IX – Dentista, quando possível; X – Responsável pelo Núcleo de Ensino e Profissionalização; XI - Gerente de Produção (ou representante); XII – Gerente de CTC; XIII - Representante de obras sociais da comunidade; e XIV – Representante do Programa de Inclusão Social de Egressos do Sistema Prisional – PrEsp, quando possível.

o princípio do controle técnico da detenção –, que se completa com a preocupação da LEP com a admissão de especialista variados dentro do quadro de funcionários da unidade prisional e na formação contínua de seu pessoal, como se nota no art. 77 da LEP[112].

A reforma do indivíduo é o objetivo do plano de tratamento prisional idealizado ao preso conforme suas peculiaridades, para tal ele se vale de uma diversidade de artifícios e elementos avocados a fim de influenciar o indivíduo, sob os mais diferentes aspectos da constituição humana, à normalização perquirida pela função corretiva da pena. Dentre os principais elementos empregados pelo tratamento prisional destacam-se: o trabalho, a instrução, a religião, as práticas culturais recreativas e esportivas, o trato com o mundo exterior, a relação com a família, e, não se pode olvidar, a disciplina. Cada um deles busca operar a transformação do indivíduo sobre uma perspectiva diferente, cujo concurso objetiva prevenir futuros crimes quando o sujeito retornar à vida em sociedade. Como faz, por exemplo: a religião, ao trabalhar e refletir direta ou indiretamente sobre questões morais e éticas; a instrução, ao habilitar conhecimentos e práticas úteis ao desenvolvimento da personalidade a superação da situação de vulnerabilidade do preso[113], seja pelo ensino escolar ou profissional; o trabalho, ao habituar e estimular o corpo à prática e a rotina laboral, esmerando o senso de responsabilidade e propósito do indivíduo; e etc.

A reabilitação social, desta forma, passa por uma abordagem de múltiplas frentes, cada qual direcionada a edificação de diferentes valores considerados positivos aos objetivos da execução penal, cujo conjunto, desenvolvido ao longo do cumprimento da pena, e até mesmo depois dela – já que o tratamento pode acompanhar o indivíduo até mesmo fora do tempo da pena através da previsão de assistência do egresso – visa como produto final um indivíduo suficientemente normalizado para que não retorne a delinquir.

Para não desviar o texto do seu foco principal – a disciplina prisional – não se entrará em maiores detalhes sobre os demais elementos, do tratamento prisional, bastando pontuar aqui que o tratamento prisional, pelo exposto, fecha o ciclo das máximas universais da boa condição penitenciária: ao determinar como seus principais elementos de reforma do indivíduo o trabalho (quarto princípio: o princípio do trabalho como obrigação e como direito)

---

[112] LEP – Art. 77: A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato. § 1° O ingresso do pessoal penitenciário, bem como a progressão ou a ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à reciclagem periódica dos servidores em exercício. § 2º No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.

[113] Nesse sentido: "De fato, a educação deve ser estimulada com o objetivo de promover a aquisição, por parte dos internos, das ferramentas necessárias que lhes permitam diminuir seu nível de vulnerabilidade, evitando a constante prisionização" (ROIG, 2017, p. 168-169).

e a educação dos presos (quinto princípio: o princípio da educação penitenciária); e ao abarcar categoricamente o acompanhamento tanto do recluso quanto do egresso (sétimo princípio: o princípio das instituições anexas).

Antes de prosseguir é importante, contudo, esclarecer que a LEP não fala expressamente em tratamento prisional, tendo optado deliberadamente por evitar o uso da expressão ou de qualquer referência mais direta as ideologias ressocializadoras[114], apesar de empregá-las de forma inequívoca[115]. Assim, a lei preferiu trabalhar o tema sob a denominação "Da Assistência" (Capítulo II da LEP), pelo qual determina, entre outras coisas, a função precípua da assistência (art. 10 da LEP[116]) – qual seja, "prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade –; e os diferentes tipos de assistência (art. 11 da LEP[117]) – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa – o que, nas palavras de J. Albergaria (1993, p. 40): "[...] realmente define o tratamento reeducativo". A LEP, desta forma, simplesmente trocou os nomes, de tratamento passou para assistência, mas aplicou aos dois a mesma configuração, similar tanto em conteúdo quanto em propósito; e isso, inclusive, se assenta ainda mais com a inegável função corretiva presente de forma latente em seu texto e de forma explícita nas práticas da execução penal, que não deixa dúvidas quanto à função de tratamento dos elementos indicados como assistência. Além do mais o sentido do tratamento prisional está impregnado por todo o resto da Lei, o que se observa, *v.g.*, pela importância atrelada aos prognósticos de periculosidade do preso, ou pela própria sistemática disciplinar imposta aos reclusos, como se demonstrará, logo em seguida, ao tratar dos objetivos atribuídos a esse elemento pela LEP.

1.3.3 Disciplina prisional e o Poder Normalizante

Retomando o foco ao objeto central desse trabalho, é fácil constatar a partir da explicação anterior sobre a poder disciplinar, que a função ocupada pela disciplina prisional

---

[114] Isso se evidencia pelo item 14 da Exposição de Motivos da LEP, que diz: "Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade".

[115] "Se os institutos advindos da projeção do paradigma etiológico pelo movimento reformista da Nova Defesa Social não foram adotados pela reforma penal brasileira de 1984 de forma plena, segundo o projeto transnacional do movimento, algumas premissas foram enraizadas no sistema de execução penal nacional e sustentam, até os dias atuais, um modelo penalógico aparentemente híbrido, mas que consolida empírica e processualmente a ideologia do tratamento" (CARVALHO, 2008b, p. 136).

[116] LEP – Art. 10: A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

no plano de efetivação dos objetivos da execução penal é cumprida em grande parte pelos principais consequentes da aplicação daquele poder, quais sejam, o controle e a docilização dos corpos dos reclusos, postos a fim de garantir a correção do preso e a manutenção de um ambiente carcerário ordeiro e seguro. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal (art. 44 da LEP) e o regulamento disciplinar prisional do estado de Minas Gerais (art. 615 do ReNP-MG), determinam, em dispositivo com redação semelhante, que: "a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho"; ou seja, traduz A. Z. Schmidt (2007b, p. 209-210), a obrigação de "[...] respeito aos sujeitos, às normas e aos parâmetros capazes de tornar o preso apto ao convívio social"; ou, simplesmente, como indica J. F. Mirabete (2000, p. 129), "[...] no cumprimento de todos os deveres do condenado (art. 39, *caput* [da LEP])". Nesses termos, o indivíduo submetido ao controle penal da administração prisional é condicionado/obrigado, ante o dever de disciplina (art. 39, I da LEP[118]) e obediência às determinações da administração pública e seus agentes (art. 39, II da LEP[119]), a acolher de forma estrita o regime de imposições determinados e aplicados no curso da execução penal a fim de garantir seus objetivos. O que envolve não só as imposições orientadas a manutenção da ordem e da segurança, como também as determinações do tratamento prisional[120].

> Sua finalidade vai além da necessidade de convivência harmônica entre as pessoas na prisão, devendo concorrer para melhor individualização da pena e proporcionar condições que estimulem as funções éticas e utilitárias da pena para a futura reinserção social do condenado. Assim, o regime disciplinar penitenciário deve fundamentar-se em um jogo equilibrado entre um sistema de recompensas que estimula a boa conduta dos internos e uma série de sanções para aqueles que realizam ações que ponham em perigo a convivência ordenada que se requer em um centro penitenciário. (MIRABETE, 2000, p. 128)

Ao que identifica R. D. E. Roig (2017, p. 197) que a definição de disciplina trazida pela LEP "[...] corrobora o acerto de Foucault ao identificá-la como técnica de poder própria do quadriculamento disciplinar, uma espécie de tecnologia de fabricação de indivíduos úteis".

---

[117] LEP – Art. 11: A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

[118] LEP – Art. 39: Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; [...]

[119] LEP – Art. 39: Constituem deveres do condenado: [...] II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; [...]

[120] "Não é outra a intenção do art. 39 da LEP. Se é um dever do apenado o comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença (inc. I), seremos obrigados a tolerar que o Estado possa, legitimamente, obrigar o apenado a essa disciplina prisional que, além de carcerária, seria socializante. Da mesma forma, deve-se obedecer aos serviços do cárcere (inc. II), tendo em vista que a atuação deste funciona como uma prolongação da voz do Estado, ou seja, serão estes servidores quem dirão, ao apenado, aquilo que é melhor para ele, a fim de reintegrar-se socialmente." (SCHMIDT, 2007b, p. 209)

Nessa dinâmica, adaptando a configuração geral do poder disciplinar ao contexto específico da disciplina prisional, as mecânicas de controle e normalização própria ao poder disciplinar ficam com os seguintes termos.

a) As normas de disciplina prisional – o que inclui o conjunto de direitos e deveres dos presos e as condutas proibidas a título de falta disciplinar[121] – representam o código de normalização, idealmente concebido como padrão de normalidade aceitável ao comportamento dos reclusos. Elas representam primordialmente o modelo de condutas e valores considerados indispensáveis à convivência intramuros, mas que, de certa forma, também são postas intentando auxiliar o programa de ressocialização do tratamento prisional. Nessa medida, a norma influencia a reabilitação do recluso ao prever disposições disciplinares eminentemente morais ou que prestam apenas para admoestá-lo, reforçando a inferioridade e a subserviência dos presos frente ao Estado. Muitas das vezes sem guardar qualquer relação com a manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento prisional, tão somente com a função corretiva da pena; como se observa, por exemplo, com a previsão de aplicação de falta grave caso o indivíduo recuse "a execução de trabalho, das tarefas e das ordens recebidas" (art. 50, VI da LEP[122], que referencia o dever do art. 39, V da LEP[123]), ainda que o faça de forma pacífica e respeitosa.

b) O intricado esquema de segurança, que se vale tanto da aplicação de modelos arquitetônicos pensados para constringir física e psicologicamente os apenados (como o modelo panóptico) quanto da distribuição difusa entre o pessoal prisional – agentes de segurança, funcionários administrativos, funcionários técnicos, etc. – da função disciplinar, imprime a vigilância perene do subordinado[124], típica ao modelo de controle constante do poder disciplinar, aplicada a fim de constranger continuamente o indivíduo à adequação (no caso: à disciplina). Um potencial que se estende perante a completa ausência de intimidade e de privacidade (entende-se: desrespeito ao direito de intimidade e privacidade) que possibilita,

---

[121] "A tipificação da infração disciplinar configura os comportamentos do interno que possam lesar a boa ordem, a convivência e a segurança da comunidade penitenciária, como condição para o desenvolvimento do tratamento. Há uma correlação entre tratamento e disciplina." (ALBERGARIA, 1993, p. 64)

[122] LEP - Art. 50: Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...] VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. [...]

[123] LEP - Art. 39: Constituem deveres do condenado: [...] V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; [...]

[124] "El tratamiento y la vigilancia son dos modelos disciplinares que establecen diferentes formas de relación con el tiempo y con el espacio. La vigilancia visual tiene su apogeo en los <<patios>> de las prisiones como espacios masificados e indeterminados. El tratamiento, a través de la acción comunicativa de participar, jerarquiza el uso del espacio y del tiempo y conlleva un elemento disciplinar que conmina a los individuos a participar en lo que propone la institución. La redistribución del tiempo y del espacio es operativa porque introduce una economía que otorga valores crecientes así que el individuo se somete a un tiempo y espacio con <<sentido>>. El elemento

para além da vigilância discreta, uma atuação ativa na constrição da indisciplina, ao utilizar, v.g., de buscas irrestritas sobre o corpo, o espaço pessoal e os pertences do recluso, bem como a sistemática violação da correspondência enviada e recebida pelo preso.

> O "carcerário" com suas formas múltiplas, difusas ou compactas, suas instituições de controle ou de coação, de vigilância discreta e de coerção insistente, assegura a comunicação qualitativa e quantitativa dos castigos; coloca em série ou dispõe segundo ligações sutis as pequenas e as grandes penas, as atenuações e os rigores, as más notas e as menores condenações. (FOUCAULT, 2009, p. 284)

c) A imposição de adequação às normas disciplinares, ou seja, o dever de colaboração com a ordem, de obediência às determinações das autoridades (e seus agentes) e de desempenho constrito do trabalho (art. 44 da LEP[125]), corresponde ao processo de normalização do indivíduo operada pelo poder disciplinar. Nessa dinâmica, o reforço constante da norma pela vigilância pungente e o temor em sofrer as punições típicas do contexto prisional – entre elas: as sanções disciplinares (isolamento, perda de direitos, etc.), a perda de benefícios (visitas extraordinárias, participação em práticas e espetáculos educativos e recreativos promovidos pela Unidade Prisional, etc.), e a obstrução da progressão da liberdade (com a regressão de regime, perda de dias remidos, etc.) – compõem o esquema de dominação que conduz o indivíduo do estado de anormalidade, deletério as relações de poder e submissão do âmbito prisional, à normalização, ou seja, ao cumprimento das determinações disciplinares.

> A conclusão a que podemos chegar no tocante à disciplina no interior das prisões nos conduz à assertiva de que o indivíduo é submetido a um autêntico processo de aculturação, para que se torne um preso dócil e disposto a cumprir, acriticamente, todas as determinações das autoridades carcerárias, elevadas pelo sistema penitenciário à metafórica condição de patriarcas onipotentes, que elegem o que é bom ou ruim para os apenados, se os mesmo desejarem a ressocialização. (ROIG, 2005, p. 141)

d) Por fim, a adequação do indivíduo às normas disciplinares e a manutenção de um ambiente prisional ordeiro e seguro, consequentes da imposição perene do processo de normalização, representam a concretização da mecânica de dominação própria ao controle dos corpos, movimentos e ânimos pelo poder disciplinar. Conforme indicado anteriormente, o mecanismo de controle do poder disciplinar, tomado através da introjeção do padrão de

---

disciplinar consiste en autosubordinarse y colaborar en conseguir los objetivos de la organización a cambio de obtener ventajas individuales." (GIMENO, 1992, p. 84)

comportamento como resultado da aplicação dos instrumentos de constrição de desvios (vigilância perene e sanção normalizadora), tem como fim a fabricação de indivíduos dóceis e subservientes às imposições do poder dominante. A transposição dessa mecânica de poder à realidade prisional, pela disciplina prisional, acolhe o mesmo fim; qual seja, a fabricação de indivíduos dóceis e subservientes à disciplina, ao tratamento prisional, às determinações da administração prisional e ao cumprimento ordeiro e seguro das relações intramuros; todavia, direcionado à garantia dos objetivos específicos a execução penal. Ou seja, direcionado, na visão corrente, à manutenção da ordem e da segurança dos estabelecimentos penais, como forma de garantir o escorreito cumprimento do aparelho de execução penal, e a incutir, pelo tratamento prisional, os valores assumidos como positivos à reintegração social; como, por exemplo, a obediência às leis e as autoridades constituídas, o apreço pelo trabalho, a adoção de um padrão moral e ético similar ou compatível ao da sociedade comum, etc.; de forma que o indivíduo seja externa e internamente emendado para, quando do retorno a sociedade, não volte a delinquir. Nesse último sentido, as seguintes palavras de A. B. Miotto (1975, p. 351), sintetizam a função e a importância geral atribuída à disciplina prisional na efetivação da emenda proscrita pelas ideologias de ressocialização:

> Isto é, a disciplina prisional, inserindo-se, como se insere, na execução da sanção penal, é importante requisito e fator da individualização da mesma sanção, no jogo ou conjunto de recompensas e punições; é fator de emenda, já porque propicia boas condições psicológicas para o condenado reconhecer a sua culpabilidade pelo fato típico e antijurídico que cometeu, e dispor-se a não reincidir – já porque a vivência da disciplina suscita, desenvolve, consolida bons hábitos de respeito às normas de conduta, ou hábitos de boa conduta para com as pessoas da mesma categoria hierárquica, assim para com as de diversa (inferior ou superior) categoria, o que, conforme o caso, contribui para a educação ou a reeducação, ou então para a não-degeneração, não-degradação, e, pois, para o futuro ajustamento ou reajustamento familiar, comunitário e social; a disciplina contribui, inclusive, para o bom êxito do tratamento médico inerente às medidas de segurança. (MIOTTO, 1975, p. 351)

Pelo exposto, é possível concluir que a disciplina prisional cumpre, na efetivação do tratamento prisional, efeito duplo, representando tanto um meio de tratamento, que reforça nos condenados o comportamento desejado, treinando os corpos à reabilitação social, quanto um instrumento de efetivação dos demais tratamentos, garantindo, através de seus mecanismos de controle dos corpos (vigilância constante e a sanção normalizadora), ambiente obsequioso ao desenvolvimento dos demais elementos postos a reforma do indivíduo. Assim, a disciplina prisional é posta a fim de assegurar, a partir do intricado esquema de vigilância e

---

[125] LEP – Art. 44: Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o

punição normalizadora, ambiente propício à ação de reforma intentada pelos demais elementos do tratamento prisional, entre eles, o trabalho, a instrução escolar e profissional, a assistência social, psiquiátrica, psicológica, etc.

1.3.4 As Restrições Latentes da Disciplina Prisional

Ante todo o exposto, é possível sintetizar que a disciplina prisional é estabelecida com o intuito de efetivar os objetivos postos ao aparelho de execução penal, quais sejam o cumprimento da sentença ou decisão que determina a restrição de direitos e a realização do tratamento prisional, buscando assegurar um ambiente ordeiro e seguro a essas atividades. Para a promoção dessa dupla função (meio de tratamento e meio de controle do preso), a disciplina prisional impõe, conforme pontuado anteriormente, uma série de restrições latentes que, através de mecânicas disciplinares de punição dos comportamentos que desviam da norma posta ou da recompensa àqueles que se adéquam à ordem posta, visam o controle e normalização das atitudes e comportamentos dos presos.

Essas restrições latentes promovidas pela disciplina prisional, que afetam direitos dos presos não envolvidos pela ordem manifesta de privação de liberdade (que limita precipuamente o direito de locomoção), são em certa medida, não se pode negar, necessárias a realização e concretização da execução penal de forma ordeira e segura. Nesse sentido, a Regra 36 das Regras de Mandela dispõe: “A disciplina e a ordem devem ser mantidas, mas sem maiores restrições do que as necessárias para garantir a custódia segura, a segurança da unidade prisional e uma vida comunitária bem organizada”. Fórmula essa que reconhece a premência da disciplina prisional na manutenção da rotina intramuros, mas que claramente também identifica nela potencial repressivo e atentatório à dignidade e aos direitos dos presos, ao limitar sua atuação ao mínimo necessário. Nesses termos, a organização da execução penal pode e demanda a imposição de determinas restrições aos direitos dos presos não afetados pela sentença ou decisão que ordenou a privação de liberdade, desde que na medida mínima necessária à manutenção da segurança, da ordem e do bom convívio intramuros.

O problema é que essa medida mínima não é observada e a disciplina prisional se posta como um dos principais instrumentos de desrespeito à dignidade e aos direitos dos presos, e, consequentemente, de majoração ilegítima dos sofrimentos impostos pela execução das medidas de privação de liberdade. Isso se deve, conforme apontado anteriormente, em

---

condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

razão da ampla discricionariedade disponível para a constituição e aplicação do regime disciplinar prisional, que permite a sobreposição dos interesses da administração prisional, principal ator desse instituto, sobre os direitos e a dignidade dos presos, relegados a planos inferiores de importância ante os juízos de oportunidade e possibilidade da administração prisional. Assim, no conflito natural entre restringir um direito para promover a função corretiva e a função defensivistas, que se preocupa exacerbadamente com a ordem, a disciplina e a segurança, ou deixar de fazê-lo para garantir a dignidade ou um direito do preso, a ação adotada pela administração prisional vai quase sempre tender à primeira opção, optando por impor maior restrição e controle sobre o preso, a fim de cumprir os objetivos da pena e evitar os menores riscos e importunos na sua atividade. Com isso, a concretização dos direitos e da dignidade dos presos corriqueiramente obstada pela sobrelevação dos interesses sociais e administrativos, que tendem a condicionar, suspender e limitar o gozo de tais direitos segundo o arbítrio de suas finalidades e ideologias de tratamento dos presos. O que cria e renova sofrimentos a partir das restrições e controles avocados sob pretextos manifestos de manutenção da ordem, da disciplina e da segurança, e expedientes latentes das mais variadas ordens de arbítrio.

Identifica-se, portanto, um uso exagerado de restrições por parte da administração prisional na realização da função corretiva e defensivista assumidas a ela, que, na ausência de normas e limites a sua atuação disciplinar, pode constituir e sobrepor o conteúdo de restrições mais conveniente a sua realidade, que naturalmente tende a incrementar o controle e a restrição imposta aos presos, tanto pelas razões práticas desse controle quanto por motivações revanchistas, desejos latentes de empoderamento, aplicação da concepção própria de justiça, entre tantas outras formas de arbítrio. Desta forma, essa discricionariedade fomenta restrições e medidas disciplinares excessivas não só no âmbito das relações de poder institucionais, como também nas relações de poder interpessoais entre agentes público responsáveis pela disciplina e presos, sujeitos a ela.

As causas desse amplo espaço de discricionariedade disponível a administração prisional serão trabalhadas ao longo da obra, mas, pode-se adiantar dizem respeito: à própria distribuição de poder disciplinar pelo programa legal de gestão dupla (poder executivo e poder judiciário) da execução penal, que define o protagonismo do poder executivo na realização desse poder (protagonismo esse que ficará evidente no próximo capítulo); na ausência de controle externo efetivo da atuação disciplinar intramuros pelo poder judiciário; e, principalmente, pelo hiato de legalidade observado na regulamentação da matéria, que, ante a ausência de normas que cumpram devidamente os critérios de legalidade necessários a

constituição e delimitação do poder punitivo, possibilita que o poder executivo interprete e imponha, quase que em total liberdade, o conteúdo restritivo e os limites do seu poder disciplinar.

Sobre os efeitos dessa última:

> No entanto, a mais sentida deficiência da normatização penitenciária contemporânea reside salvo melhor juízo, na carência de comandos legais capazes de eficazmente tolher o enorme discricionarismo administrativo com o qual nos deparamos. É absolutamente imperioso percebermos que a estratégia de controle disciplinar carcerário passa necessariamente pela supressão da intimidade, do autodiscernimento e da confiança do preso no sistema legal de garantias. Tal confiança é rapidamente eliminada quando o indivíduo constata que a efetividade de se seus direitos elementares dependem do exclusivo alvedrio da autoridade custodiante, e não da potestade do comando normativo, muito distante da realidade da cadeia. Com isso garantias legais se transformam, quase que por milagre, em benesses da impune e soberana autoridade penitenciária, reforçando os convenientes laços de submissão. (ROIG, 2005, p. 138)

Nesse contexto, não obstante as normas e restrições impostas pelo regime disciplinar prisional cumpram de fato uma função necessária de manutenção da ordem, da segurança e do bom convívio intramuros, é possível concluir que a disciplina prisional é usualmente empregada de forma a ampliar o âmbito de controle e sofrimentos da pena, estabelecendo restrições latentes ilegítimas que impõem aos presos o peso das demandas corretivas, defensivistas, revanchista e etc. assumidas pela administração prisional ou seus agentes, através de práticas e mecânicas que buscam reprimir e/ou normalizar os presos.

2 REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em Minas Gerais a coletânea prescritiva sobre disciplina prisional pode ser divida em três (essências) planos normativos fáticos. O primeiro, válido e cogente para todo o Brasil, é composto pelas normas gerais de execução penal estabelecidas pela Lei de Execução penal. O segundo, editado pelo poder legislativo do estado de Minas Gerais, compreende as normas de execução penal suplementares às anteriores. E o terceiro, por fim, diz respeito ao regulamento disciplinar prisional elaborado pelo Poder Executivo mineiro para instrumentalizar a sua atribuição de administração do sistema prisional. Como dito, o primeiro plano é aplicado em todo o país, mas os derradeiros, elaborados a fim de atender as necessidades, peculiaridades e especificações das unidades prisionais administradas pelo estado de Minas Gerais, são, por óbvio, aplicados apenas nesse âmbito. Juntos eles compõem a dinâmica legal que estabelece, orienta e limita o programa disciplinar idealizado a fim de garantir a efetivação da sanção penal e manter a ordem, a disciplina e a segurança nos estabelecimentos prisionais.

Na busca de uma exposição sistemática das normas e do sistema de disciplina prisional, segue-se com uma apresentação ordenada desses três planos normativos fáticos que influem na disciplina prisional aplicada no estado de Minas Gerais, pontuando a importância e o papel de cada um deles na definição do regime disciplinar prisional imposto.

O primeiro e mais elevados dos planos, seguindo a ordem hierárquica das normas, é definido pelos dispositivos da Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984, mais conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), e tem caráter vinculativo sobre as espécies normativas suplementares (normas do segundo e terceiro plano). A importância da LEP decorre do fato de que ela é, por primazia, o instituto que estabelece as *normas gerais*[126] de *direito da execução penal* no ordenamento jurídico brasileiro, onde se encontram, entre outras, institutos sobre disciplina prisional. Como norma geral, a LEP cuida primordialmente de instituir as bases de fundação da tratativa legal dos direitos de execução penal no país, definindo diretrizes, afirmando princípios, estatuindo coordenadas, em suma, definindo os "[...] padrões mínimos de defesa

[126] C. Bandeira de Mello (2011, p. 1) esclarece que as normas gerais são aquelas que: "[...] estabelecem diretrizes, que firmam princípios, que modelam apenas o suficiente para identificar a tipicidade de um instituto jurídico ou de um objeto legislado, conferindo lhe um tratamento apenas delineador da compostura de seu regime, sés entrar em particularidades, minúcias ou especificações peculiarizadoras. Deveras, tanto é claro que a mera fixação de um perfil normativo lato responde a uma norma geral quanto é claro que qualquer especialização regulatória includente de situações particulares em princípio refoge ao caráter de norma geral. A consideração casuística, o tratamento individualizador, a nominação personalizadora, constituem-se na antítese da norma geral".

do interesse público [...]"[127] (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p.4) na efetivação das relações decorrentes da aplicação dos aparatos de coerção típicos à execução da sanção penal e das medidas cautelares processuais penais.

Conforme pontuado no capítulo anterior, a LEP foi a primeira norma sobre execução penal no Brasil a tratar da matéria para além da organização sistêmica dos órgãos que a compõem, abordando substancialmente questões de direito da execução penal através de um conjunto de normas gerais que estabeleceram materialmente a relação de direitos e deveres existente entre Estado e indivíduo em decorrência da sanção penal. Desde então, as práticas e experiências de execução penal no Brasil são informadas e orientadas por um conjunto geral e cogente de princípios e normas que, de certa forma, padronizam as formas de cumprimento de pena no país ao definir modelos e limites às tratativas, institucionais e interpessoais, impostos com a efetivação do regime prisional. Assim, foram ajustadas nessas normas gerais, entre outras coisas, as condições necessárias à garantia e ao respeito de uma execução penal humanizada, os elementos para a individualização e cumprimento do tratamento prisional, o percurso de cumprimento progressivo dos objetivos da execução penal, o conjunto de direitos assegurados aos condenados, as obrigações consequentes a imposição da pena, e, o que mais interessa a esse trabalho: a base do regime disciplinar prisional, que cuida do controle e normalização dos indivíduos submetidos ao aparato executivo penal.

A disciplina prisional é regulamentada pela LEP em seu Título II (Do Condenado e do Internado), Capítulo IV (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), Seção III (Da Disciplina), que, por sua vez, é dividida em cinco subseções; que vão tratar, respectivamente: das "Disposições Gerais", "Das Faltas Disciplinares", "Das Sanções e das Recompensas", "Da Aplicação das Sanções" e "Do Procedimento Disciplinar". Os dispositivos distribuídos nesse âmbito definem o contexto geral do sistema disciplinar que deverá ser aplicado nas unidades prisionais do país, indicando os aspectos gerais de realização e implementação do controle disciplinar dos condenados e presos provisórios, ao definir os objetivos do instituto, os instrumentos disciplinares disponíveis à atividade e as principais obrigações e garantias que decorrem dele. Todos eles explicados mais a frente na parte em que se estabelece o sistema disciplinar prisional em vigência no estado de Minas Gerais.

A Lei de Execução Penal, no entanto, não exaure a matéria relativa à disciplina dos presos, como sua própria condição de norma geral já condiciona, cabendo aos planos normativos subsequentes complementá-la, regimentando os institutos necessários à

[127] A fala do autor não trata especificamente da LEP, mas das *normas gerais* como um todo, contudo, sua fala é perfeitamente aplicada à LEP.

concretização da relação de direitos e deveres próprios a execução penal, e cobrindo os espaços vazios de legalidade deixados pela LEP. Desta forma, em razão da competência suplementar[128] prevista no art. 24, I da CFRB/88[129] – que atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre *direito penitenciário*[130], e, consequentemente, sobre diversos aspectos da disciplina prisional – cabe a eles, segundo os interesses e peculiaridade de sua região, "[...] formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º)"[131] (DA SILVA, 2010, p. 481) regulamentando os diversos elementos da disciplina dos presos não satisfeitos pela LEP[132]. Nesse sentido, como as matérias geralmente legadas à legislação suplementar ocupam-se de assuntos que se beneficiam de uma maior proximidade entre os dispositivos e as peculiaridades regionais, o conteúdo suplementado deve buscar cumprir com os interesses do local, o que, no caso das disciplinas prisionais, implica na criação de normas adequadas às possibilidades e aos problemas frequentemente enfrentados pela administração prisional do local na efetivação das medias de intervenção penal e na garantia da ordem, da disciplina e da

---

[128] Sobre essa separação entre competência da União para definir as normas gerais e a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal, explica G. F. Mendes e P. G. G. Branco (2009, p. 871) que: *"*A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais — i. é, normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente."

[129] No caso da execução penal, como o art. 24, I da CRFB/88 ("Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]") estabelece a competência concorrente entre a União, aos Estados e o Distrito Federal para legislar, entre outras coisas, sobre direito penitenciário, fica a cargo da União a edição das normas gerais sobre direito penitenciário (art. 24, § 1º da CRFB/88 – "No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. [...]"), enquanto a competência suplementar é deixada aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 24, § 2º da CRFB/88 ("A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados"), de forma que as normas possam ser pensadas e impostas para melhor atender as características e peculiaridades de cada região.

[130] J. Albergaria (1993, p. 31) esclarece o sentido adotado pela CRFB/88 ao adotar a denominação direito penitenciário: *"*O Direito Penitenciário, com base no art. 24, inciso I, da Constituição, tem o amplo sentido da moderna política penitenciária, segundo o conceito de S. WALSACK, não se reduzindo apenas à execução da pena privativa de liberdade, mas compreendendo outras sanções penais, os meios de ressocialização do condenado, os métodos de tratamento, a organização dos estabelecimentos penitenciários, os diversos serviços e organismos do Estado encarregados de outras medidas penais". Esse sentido será melhor trabalhado em capítulo futuro, referente a inconstitucionalidade formal dos regulamentos disciplinares prisionais de Minas Gerais.

[131] Importante deixar claro que a fala destacada de J. A. da Silva (2010) não diz respeito à matéria de direito penitenciário especificamente, mas a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal de forma geral, o que se aplica, por óbvio, à matéria ora analisada.

[132] Como se pode notar a LEP foi produzida sobre a égide da CRFB/67, um sistema que prezava pela mesma lógica de distribuição de competência apresentada acima, o que fica evidente pela leitura do art. 8º, XVII, "c" e § 2º da CRFB/67 (CRFB/67 – Art. 8º: Compete à União: [...] XVII - legislar sobre: [...]c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; [...] § 2º - A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das letras c, d, e, n, q e v do item XVII, respeitada a lei federal. [...]). Hoje, recepcionada pela CRFB/88, a LEP mantém sua posição e validade como norma geral, até porque seus dispositivos seguem o caminho esperado pelas normas

segurança[133]. Essa competência suplementar, entretanto, não é irrestrita, devendo a norma suplementar respeitar seu âmbito de incidência e os limites estabelecidos pelos princípios constitucionais e as normas gerais da LEP, não podendo, assim, sobrepor conteúdos conflitantes ou divergentes aos dispositivos e institutos das normas superiores.

No que diz respeito à disciplina prisional, a LEP deixou expressamente a cargo das "legislações locais"[134], a definição de quatro elementos essenciais à matéria ora analisada, quais sejam: a regulamentação do poder disciplinar exercido pela autoridade administrativa (art. 47 da LEP[135]); a definição de tipos de falta disciplinar de natureza média e leve e as sanções decorrentes de seu descumprimento (art. 49 da LEP[136]); a formulação do conteúdo e do meio de concessão das regalias auferidas como recompensa por bom comportamento (art. 56, parágrafo único da LEP[137]); e a fixação dos procedimentos administrativos disciplinares de apuração das faltas (art. 59, *caput* da LEP[138]).

No estado de Minas Gerais, essa complementação é feita pelo segundo e terceiro plano indicados acima, os quais passa-se a analisar.

Seguindo a ordem hierárquica, o plano normativo subsequente a LEP é composto pela tratativa dada à matéria pelo poder legislativo do estado de Minas Gerais, que em 25 de Janeiro de 1994, promulgou a Lei Estadual nº 11.404, que pode ser resumida como a Lei de Execução Penal do estado de Minas Gerais (LEP-MG), sendo assim doravante nomeada. Essa Lei, vale destacar, foi a primeira norma editado sobre a égide da CRFB/88 a trazer um ordenamento próprio a execução penal do estado de Minas Gerais, mas sua edição, no entanto, foi, para o instituto da disciplina prisional, tardia, desconexa e escassa. Tardia, porque a norma antecessora a referida lei - o Decreto estadual nº 20.458, de 27 de Março de 1980 - antecede a LEP, e com a entrada em vigor dessa, era necessário adequar as normas e o

---

gerais, tanto que, constantemente reserva a complementação de seus institutos à legislação local, chamando-a expressamente para essa atuação.

[133] Nesse sentido, destaca a Exposição de Motivos da LEP: "79. O Projeto confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como respectivas sanções, ao poder discricionário do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente."

[134] Termo utilizado pela própria LEP. Deve ser interpretado conforme a regra de distribuição de competências constitucional (art. 24, I da CFRB/88), ou seja, a competência suplementar para a matéria cabe aos Estados ou ao Distrito Federal.

[135] LEP – Art. 47: O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

[136] LEP – Art. 49: As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

[137] LEP – Art. 56: São recompensas: I - o elogio; II - a concessão de regalias. Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

[138] LEP – Art. 59: Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

sistema de penas estadual ao sistema proposto pela LEP, o que só aconteceu, como se pode perceber, quase 10 anos depois da lei federal. Escassa porque a norma, apesar de proposta como um ordenamento suplementar à LEP, não deu a devida atenção a disciplina prisional, resumindo-se a 10 (dez) dispositivos – seu conteúdo resume a: proibir que os sentenciados cumpram função disciplinas (art. 140)[139]; definir algumas espécies de faltas (art. 142)[140] e sanção disciplinares (art. 143)[141]; impor alguns limites e cuidados a serem tomados na aplicação da sanção disciplinar de isolamento (art. 144 a 147)[142]; garantir o direito de defesa no procedimento disciplinar administrativo prisional (art. 148)[143]; e determinar o efeito suspensivo do recurso disciplinar para alguns casos (art. 149)[144] –, e esses dispositivos pouco influenciam, ante a completude do terceiro plano, a prática do instituto pela administração prisional. E desconexa, porque simplesmente lançaram alguns comandos que não estabelecem nem se alinham a um sistema aparente, o que se observa, por exemplo, com a definição das faltas disciplinares pela LEP-MG, que ignora a proposta da graduação das faltas disciplinares da LEP, que divide as faltas disciplinares em leves, médias e graves, apresentando, em seu art. 142, um único bloco de condutas consideradas faltas disciplinares. Ademais, a lei estadual

[139] LEP-MG – Art. 140: O sentenciado não exercerá função disciplinar.

[140] LEP-MG – Art. 142: Constituem infrações disciplinares: I – negligência na limpeza e na ordem da cela e no asseio pessoal; II – abandono voluntário do local de tratamento; III – descumprimento das obrigações do trabalho; IV – atitude molesta para com os companheiros; V – linguagem injuriosa; VI – jogos e atividades proibidas pelo Regimento Interno; VII – simulação de doença; VIII – posse ou tráfico de bens não permitidos; IX – comunicação proibida com o exterior ou, no caso de isolamento, com o interior; X – atos obscenos ou contrários ao decoro; XI – falsificação de documento da administração; XII – apropriação ou danificação de bem da administração; XIII – posse ou tráfico de arma ou de instrumento de ofensa; XIV – atitude ofensiva ao Diretor, a funcionário do estabelecimento ou a visitante; XV – inobservância de ordem ou prescrição e demora injustificada no seu cumprimento; XVI – participação em desordem ou motim; XVII – evasão; XVIII – fato previsto como crime, cometido contra companheiro, funcionário do estabelecimento ou visitante; XIX – realização ou contribuição para a realização de visita íntima em desacordo com esta lei ou com o ato da autoridade competente.

[141] LEP-MG – Art. 143: Constituem sanções disciplinares: I – admoestação; II – privação de autorização de saída por até dois meses; III – limitação do tempo previsto para comunicação oral durante 1 (um) mês; IV – privação do uso da cantina, de autorização de saída e de atos de recreação por até um mês; V – isolamento em cela individual por até 15 (quinze) dias; VI – isolamento em cela disciplinar por até 1 (um) mês; VII – suspensão ou restrição à visita íntima. § 1º – As sanções previstas nos incisos I e II são de competência do Diretor do estabelecimento e as demais, da Comissão Técnica de Classificação. § 2° – A execução da sanção disciplinar está sujeita a sursis e a remição.

[142] LEP-MG – Art. 144: O isolamento em cela disciplinar somente se aplicará em caso de manifesta agressividade ou violência do sentenciado ou quando este, reiteradamente, alterar a ordem normal do estabelecimento. Parágrafo único – A cela disciplinar terá as mesmas características da cela individual e possuirá mobiliário análogo. Art. 145 – O isolamento do sentenciado se cumprirá com o controle do médico do estabelecimento, que o visitará diariamente, informando o Diretor sobre seu estado de saúde física e mental. Art. 146 – O isolamento poderá ser suspenso pelo Juiz da Execução Penal, ouvida a Comissão Técnica de Classificação. Art. 147 – Não se aplicará o isolamento à sentenciada gestante, até 6 (seis) meses após o parto, e à sentenciada que trouxer filho consigo.

[143] LEP-MG – Art. 148: Nenhum sentenciado será punido disciplinarmente sem ser ouvido e sem que haja apresentado defesa verbal ou escrita.

[144] LEP-MG – Art. 149: A interposição de recurso suspenderá os efeitos da decisão, salvo quando se tratar de ato de grave indisciplina. Parágrafo único – A tramitação do recurso de que trata o artigo será urgente e preferencial.

apresenta uma sistemática confusa na disposição da disciplina prisional por seu texto, pois apresenta os elementos do tratamento reeducativo no Título II – "Do Tratamento Reeducativo" (art. 24 da LEP-MG [145]), indicando entre eles a disciplina prisional, regulamenta no mesmo título todos os outros elementos indicados, mas só versa sobre disciplina prisional muito depois no Título V – "Da Comunicação com o Exterior", por razões que aparentemente fogem à lógica.

A norma, deve-se fazer justiça, não foi proposta como uma regulamentação concisa e exauriente da disciplina prisional, como se observa tanto pela brevidade de dispositivos sobre disciplina prisional, quanto pela própria determinação da lei de que a matéria relativa "a infração disciplinar e a respectiva sanção disciplinar serão estabelecidas em lei ou regulamento" (art. 141 da LEP-MG)[146]. Assim, a norma exige complementação, o que foi suprido de fato pelo poder executivo através dos regulamentos disciplinares prisionais editadas pelas secretarias de governo encarregadas da administração prisional, tratados a seguir, pois compõem o terceiro plano normativo indicado anteriormente. Antes de tratar deles deve-se, contudo, pontuar que a edição desses regulamentos encobertou as disposições da lei estadual que tratam sobre disciplina, e hoje seus dispositivos guardam pouca relevância na definição da disciplina prisional do Estado. Parte desse encobertamento se deve ao fato do REDIPEN[147] (regulamento antecedente a atual norma que compõe o terceiro plano) ter sido elaborado e publicado cinco meses antes da promulgação a LEP-MG, e, tendo perdurado sem alteração por quase dez anos[148], passou todo esse tempo sem dialogar com a lei estadual. O

---

[145] LEP-MG – Art. 24: O tratamento penitenciário realiza-se através do desenvolvimento de atividades relacionadas com: instrução, trabalho, religião, disciplina, cultura, recreação e esporte, contato com o mundo exterior e relações com a família.

[146] LEP-MG – Art. 141: A infração disciplinar e a respectiva sanção disciplinar serão estabelecidas em lei ou regulamento.

[147] O *Regulamento Disciplinar Penitenciário* – REDIPEN, foi editado no âmbito da Secretaria de Estado da Justiça do Estado de Minas Gerais, e entrou em vigor na mesma data de sua publicação, que se deu pela Resolução nº 495 de 25 de Agosto de 1993 assinado pelo então Secretário de Justiça da época Mário Assad. A norma, como pontuado anteriormente, foi elaborada e publicada cinco meses antes da promulgação a Lei nº 11.404/84, suprindo com seu texto todos os pontos deixados pela LEP à complementação da legislação local. Assim, o regulamento definiu em seus dispositivos: as faltas leves (art. 9º do REDIPEN); as faltas médias (art. 10 do REDIPEN); as faltas graves complementares às estabelecidas na LEP (art. 11 do REDIPEN); as espécies de sanção disciplinar e seus limites (art. 13 a 16 do REDIPEN); as formas de definição e aplicação das sanções disciplinares (art. 17 a 28 do REDIPEN); a gradação das sanções disciplinares (art. 29 a 31 do REDIPEN); o procedimento disciplinar de apuração das faltas (art. 32 a 40 do REDIPEN); o órgão administrativo competente ao processamento, apuração e julgamento dos casos de indisciplina, no caso o Conselho Disciplinar (art. 41 a 46 do REDIPEN); o meio de recurso das decisões disciplinares (art. 47 a 53 do REDIPEN); os elogios e recompensas (art. 56 a 58 do REDIPEN); os direitos dos presos (art. 59 do REDIPEN); etc. Por se tratar de norma antiga, cujo conteúdo antecedente a duas outras normas, não se entra em grandes detalhes sobre seus dispositivos, bastando aqui pontuar os conteúdos abordados por ele a fim de destacar o quão específica a norma foi ao tratar da disciplina prisional.

[148] O REDIPEN foi substituído pelo REDIPRI-MG depois de mais de 10 anos de vigência daquele com a vigência da Resolução nº 742 de 10 de março de 2004, assinada pelo então Secretário de Estado de Defesa Social

que, a bem da verdade, não representou grandes inconsistência devido à brevidade da LEP-MG no que se refere à disciplina prisional. Assim, a LEP-MG não causou relevante impacto sobre o regime disciplinar prisional, que se apóia basicamente sobre a LEP e o regulamento disciplinar prisional elaborado pelo poder executivo, o qual passa a ser analisado.

O terceiro plano normativo, por sua vez, é composto por regulamentos editados pelo Poder Executivo do estado de Minas Gerais no exercício de sua função administrativa do sistema prisional, que o coloca como responsável direto pela aplicação do aparato punitivo e cautelar da execução penal[149]. Nesse âmbito, especificamente no que se refere ao objeto central do presente trabalho, o poder executivo mineiro tem informado a atuação de seus agentes por meio da regulamentação da disciplina prisional a partir de resoluções editadas no bojo da secretaria de governo responsável pela administração prisional. O regulamento disciplinar prisional em vigência está inserido no *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais* (ReNP-MG).

O conteúdo disposto no ReNP-MG foi inicialmente aprovado pela Resolução nº 1605, de 03 de Maio de 2016, sendo ela responsável por revogar expressamente o REDIPRI-MG (Resolução nº 742 de 2004), regulamento disciplinar prisional que o antecedeu. Posteriormente foi editada a Resolução nº 1618, de 07 de Julho de 2016, que substituiu a Resolução nº 1605/2016, trazendo algumas alterações do texto desta, especialmente nos dispositivos que versam sobre a implementação da nova regulamentação pela administração pública. As duas resoluções supracitadas são atos normativos editados no âmbito da Secretaria de Estado de Defesa Social, órgão responsável à época pela administração do sistema prisional do estado de Minas Gerais.

O ReNP-MG, todavia, não trata apenas de regulamentar a disciplina dos presos nas unidades prisionais do Estado, seu conteúdo relaciona normas de diversos aspectos da administração do sistema prisional, estabelecendo as regras e os procedimentos aplicados nos mais diversos âmbitos de relação da administração prisional, envolvendo normativas que dispõem sobre, *v.g.*, a estrutura organizacional da Subsecretaria de Administração Prisional (SUAPE), as atribuições de determinado cargo ou função, a estrutura organizacional das

---

da época, Lúcio Urbano da Silva Martins. A exposição de motivos do REDIPRI-MG, assinada por José Karam, destaca que o Subsecretário de Administração Penitenciária da época, Agílio Monteiro Filho, pela Portaria n.º 0012/2003/SUAPE, criou comissão para revisar o REDIPEN e propor norma substitutiva. Interessante notar que dentre os principias motivos apontados para a revisão e substituição das normas do REDIPEN, como a sua própria exposição de motivos aponta (Exposição de motivos do REDIPRI-MG, 2004, p. 04), estão: o grande lapso temporal transcorrido, e uma necessária adequação das normas ali posta com a Lei Estadual 11.404/94.

[149] Como o trabalho está adstrito à discussão da disciplina prisional nas unidades que estão sobre a administração do governo mineiro, o Decreto nº 6.049, de 27 de Fevereiro de 2007 não será abordado, já que regulamenta a disciplina prisional das unidades administradas pelo Governo Federal.

unidades prisionais, o procedimento operacional padrão a uma série de situações – como a revista pessoal e de pertences, a admissão do preso na unidade, a movimentação interna do preso, o cadastro e recebimento de visitas nas unidades prisionais, entre outros –, o conteúdo obrigatório de pareceres, as diretrizes a serem adotadas em casos de emergência como motins e rebeliões, e, dentre tanto outros mais, o regulamento disciplinar prisional. Como o objeto do presente trabalho se restringe à disciplina prisional, limita-se à análise do ReNP-MG ao Título IV (Do Regulamento Disciplinar), o que, por óbvio, circunscreve as conclusões auferidas à parte que dispõe sobre as normas de disciplina prisional e tão somente a elas.

Nesse regulamento estão dispostas as principias regras do regime disciplinar imposto aos presos dos sistemas prisional de Minas Gerais, que, juntamente com os dispositivos da LEP, definem: o conjunto de deveres e garantias relacionados à aplicação da disciplina, as condutas proibidas definidas como faltas disciplinares, o procedimento de apuração e julgamento de eventuais indisciplinas, as sanções disciplinares aplicáveis, os benefícios distribuídos aos indivíduos disciplinados, o papel dos agentes públicos e órgãos na realização efetivação do instituto, etc.; em suma, o sistema disciplinar aplicado aos indivíduos submetidos ao aparato de coerção típico da execução da sanção penal e das medidas cautelares, que envolvem a administração do poder executivo do Estado.

O capítulo prossegue descrevendo esse sistema, apresentando o conteúdo de direitos e obrigações relacionados dentro desse regulamento e os procedimentos e práticas previstas à aplicação desse instituto. Antes de prosseguir, todavia, destaca-se que, o presente capítulo busca fazer um levantamento do sistema disciplinar prisional legalmente posto aos presos do estado de Minas Gerais, assim, não se desenvolve nesse capítulo questões sobre a legalidade interna ou a constitucionalidade das normas expostas, esse assunto será tratado em capítulo posterior. Procura-se conhecer aqui o que de fato está sendo aplicado pela administração prisional.

2.1 Fundamentos da Disciplina Prisional Aplicada no Estado de Minas Gerais.

Iniciando a análise sobre o sistema disciplinar prisional aplicado no estado de Minas Gerais, desenvolvem-se, nessa parte do texto, os contornos básicos que fundamentam e delimitam a aplicação desse instituto pela administração prisional. Os três pontos trabalhados aqui dizem respeito: à definição de quais sujeitos envolvidos pelo aparato de administração prisional estão submetidos às determinações desse regulamento; ao conjunto de deveres e direitos que compõem o substrato e a razão disciplinar; e, por fim, a distribuição do poder

disciplinar na instância imediata ao seu cumprimento, pontuando o papel dos principais atores desse poder e o limite que se impõem a essa atuação; dando especial atenção aos casos de aplicação da norma nos estabelecimentos prisionais que acolhem presos definitivos e/ou presos provisórios (principal objeto do presente trabalho).

2.1.1 Os deveres e direitos dos presos no Estado de Minas Gerais.

A execução penal pressupõe, conforme pontuado no capítulo anterior, uma relação de poder entre o indivíduo submetido por esse exercício e o Estado, sendo que dela decorrem uma série de obrigações aos dois lados da relação, cabendo: ao Estado concretizar a sanção penal, as medidas cautelares e as medidas de segurança segundo os parâmetros e limites impostos pela lei, sobretudo no que concerne ao respeito à dignidade humana e à garantia dos direitos dos presos; e, ao indivíduo, o cumprimento adequado das obrigações impostas a ele pela conjuntura de restrições decorrentes da execução da sanção penal ou da medida cautelar, o que inclui as restrições manifestas do título executivo e as restrições latentes impostas como meio de assegurar o cumprimento harmônico da medida. Essas obrigações, tanto do Estado quanto dos indivíduos, decorrem do conjunto analítico dos diversos deveres e direitos impostos por lei, o que inclui a LEP, o CP, a LEP-MG, o ReNP-MG, ou qualquer outro dispositivo legal que verse sobre a relação de direito aplicadas no âmbito da execução penal, determinando ou influenciando o conteúdo de restrições impostas aos presos ou o modo de operação e limites estabelecidos à atuação do Estado como responsável pela administração prisional. Como essa relação de poder já foi trabalhada pelo capítulo anterior, apresenta-se nessa parte apenas o conjunto legal que compõem o sistema disciplinar prisional do estado de Minas Gerais, destacando quando pertinente a diferença entre os planos normativos analisados. Assim, o enfoque dessa parte é a exposição sistemática do conjunto de direito e deveres positivados na LEP, na LEP-MG e no ReNP-MG.

Ao que concerne ao conjunto de obrigações impostas ao indivíduo sujeito ao aparato coercitivo da execução penal, esse pode ser resumido: pela correlação dos deveres gerais do preso, dispostos nos art. 39 *caput* da LEP e art. 621 do ReNP-MG; com o conjunto de deveres específicos dispostos nos art. 39 da LEP, art. 196 da LEP-MG e art. 622 do ReNP-MG.

Os deveres gerais do preso, definidos em formulação quase idêntica pela LEP e pelo ReNP-MG, estabelecem que: “cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao

seu estado, submeter-se às normas de execução da pena (ou da medida de segurança)" [150]. Esse dispositivo divide as obrigações impostas ao preso em duas partes. A primeira, relativa às "obrigações legais inerentes ao seu estado", que, traduzindo, determinam a obrigação de cumprir com as restrições manifestas que decorrem diretamente do título executivo que define a sua condição (ou estado) de sujeito submetido à coerção típica da execução penal; e a segunda, que impõe ao indivíduo a submissão "às normas de execução da pena (ou da medida de segurança)", ou seja, determina o cumprimento e a adequação do indivíduo às restrições latentes impostas para a concretização da execução penal e seus objetivos. Assim, cumpre ao indivíduo submetido à execução penal respeitar as determinações e obrigações decorrentes do conjunto de restrições manifestas e latentes que sobrevêm da efetivação da sanção penal ou da medida cautelar.

O conjunto de deveres específicos, por sua vez, são aqueles deveres estabelecidos através dos diversos comandos que determinam o que a exposição de motivos da LEP chamou de "conjunto de regras inerentes à boa convivência" (item 63)[151]. Esse conjunto de regras é composto por formulações que compreendem, basicamente, as fórmulas específicas que juntas compõem o dever geral de submissão do indivíduo ao poder disciplinar, determinando, assim, o conjunto de obrigações das quais exsurge as principais restrições latentes envolvidas pela segunda parte dos deveres gerais do recluso. Tais obrigações, eminentemente orientadas pela função corretiva e defensivista assumida pelo sistema de execução penal e seus agentes, estabelecem as bases pragmática de uma relação de poder de destacado viés repressivo que se completa com a definição e aplicação das normas de disciplina prisional. Por essa dinâmica, típica de instituições totais, os comandando consubstanciam-se, em sua maioria, em deveres que submetem o indivíduo a total subserviência à ordem interna imposta pela administração pública no cumprimento de suas atribuições e aos agentes que controlam essa atividade. Nesse sentido, os deveres dispostos na LEP, na LEP-MG e no ReNP-MG, que não variam muito entre si, impõem em sua maioria normas relacionadas a já denunciada sobrelevada preocupação com a manutenção da ordem, da disciplina e da segurança; uma característica que se ressalta pela simples leitura dos artigos mencionados, que apresentam, mais da metade

[150] Os dois dispositivos trazem uma redação quase idêntica, com exceção da parte entre parênteses, presente apenas no ReNP-MG.

[151] Exposição de Motivos da LEP – Item 63: A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado com ônus naturais da existência comunitária.

de seus comandos voltados garantia da ordem, da disciplina e da segurança (ROIG, 2005, p. 139-140). Esse conjunto de deveres específicos está transcrito no quadro avante.

QUADRO 01 - Deveres Prisionais Específicos dos Presos		
LEP	**LEP-MG**	**ReNP-MG**
Art. 39: Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vitima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal.	Art. 196: São deveres do sentenciado: I – submeter-se ao cumprimento da pena ou à medida de segurança; II – permanecer no estabelecimento até a sua libertação; III – respeitar as normas do regime penitenciário; IV – manter atitude de respeito e consideração com os funcionários do estabelecimento e com as autoridades; V – observar conduta correta com seus companheiros; VI – indenizar os danos causados à administração do estabelecimento; VII – indenizar as despesas de sua manutenção; VIII – cumprir as prestações alimentícias devidas à família; IX – assistir o cônjuge ou o companheiro na manutenção e na educação dos filhos.	Art. 622: Constituem deveres do preso: I - permanecer na Unidade Prisional até a sua liberação; II - manter comportamento disciplinado e cumprir fielmente a sentença que lhe foi imposta; III - respeitar as normas do regime prisional, estabelecidas por leis, decretos, resoluções e portarias; IV - observar atitude de obediência com o servidor e respeito e urbanidade com qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; V - manter conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; VI - executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas; VII - manter atitude de submissão à sanção disciplinar imposta; VIII - indenizar os danos causados à administração da Unidade Prisional; IX - observar a higiene pessoal e o asseio da cela ou alojamento; X - conservar os objetos de uso pessoal e/ou tornozeleira eletrônica; e XI - indenizar o Estado, quando possível, das despesas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho.

Nesse contexto de obrigações, a disciplina prisional é imposta a fim de assegurar o cumprimento das funções assumidas pela execução penal, normatizando o regime prisional de forma a atender o objetivo posto a execução penal que, segundo o art. 1º da LEP, realiza-se com a concretização das "[...] disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar

condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". É nesse sentido que o art. 44 da LEP e o art. 615 do ReNP-MG dispõem que: "a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho". O conteúdo da disciplina disposto nesses artigos já foi abordado no capítulo anterior, razão pela qual sua análise não será aqui alonga. Bastando lembrar que do seu objetivo primário de manutenção da ordem e da segurança, e de garantia dos efeitos do tratamento prisional, decorre, em função do contexto totalizante e defensivista em que ela se desenvolve, duma agenda de controle que supera a simples conformação do preso às restrições impostas, conduzindo um modelo de transformação que visa, mais do que o cumprimento escorreito das obrigações imposta, a reprogramação do preso em um indivíduo dócil, submisso e complacente para com os agentes da administração prisional e o tratamento imposto a ele. Desta forma, não se pode olvidar que a disciplina cumpre manifestadamente função corretiva e defensivista, que acaba por definir o sentido aplicado às restrições impostas pelo sistema ora apresentado.

Contrabalanceando a atuação do Estado nesse exercício de controle/contrição das rotinas e comportamentos próprio do aparato disciplinar estão os direitos assegurados aos presos tanto em função da reserva legal dos direitos não afetados pelo título executivo penal (punitivo, cautelar e securitário), estabelecida pelo art. 38 do CP[152], art. 3º da LEP[153], art. 191 da LEP-MG[154], art. 192 da LEP-MG[155], art. 624 do ReNP-MG[156] e art. 625 do ReNP-MG[157]; quanto pela razão de *direitos prisionais*, que decorrem especificamente da relação jurídica prisional que surge com a realização da pena, das medidas cautelares e das medidas de segurança. Os principais direitos prisionais estão, em sua maioria, aglutinados nos art. 41 da LEP, art. 195 da LEP-MG e art. 627 do ReNP-MG, destacados no quadro a seguir.

---

[152] CP – Art. 38: O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.
[153] LEP – Art. 3º: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
[154] LEP-MG – Art. 191: São direitos do preso os direitos civis, os políticos, os sociais e os especificamente penitenciários.
[155] LEP-MG – Art. 192: Os direitos civis, sociais e políticos, inclusive o de sufrágio, permanecem com o preso, quando não forem retirados expressa e necessariamente pela lei ou pela sentença.
[156] ReNP-MG – Art. 624: São direitos do preso os direitos civis, os sociais e os especificamente prisionais.
[157] ReNP-MG – Art. 625: O preso conservará todos os direitos que não haja perdido ou não lhe tenham sido suspensos, por força de lei, sentença ou ato administrativo.

QUADRO 02 - Os Direitos Prisionais Específicos dos Presos		
LEP	**LEP-MG**	**ReNP-MG**
Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.	Art. 195 – São especificamente Penitenciários os direitos: I – ao tratamento reeducativo; II – à instrução, priorizada a escolarização de nível fundamental; III – à profissionalização; IV – ao trabalho, à sua remuneração e à seguridade social; V – à assistência material e à saúde, em especial o tratamento clínico e a assistência psicossocial ao portador de AIDS; VI – à assistência social, nomeadamente ao probacionário e ao egresso; VII – à assistência jurídica; VIII – à assistência religiosa; IX – ao esporte e à recreação; X – à comunicação com o mundo exterior como preparação para sua reinserção na sociedade; XI – à visita de advogado, familiar e cônjuge ou companheiro; XII – ao acesso aos meios de comunicação social; XIII – de petição e representação a qualquer autoridade, para defesa de direito; XIV – de entrevista regular com o Diretor; XV – ao recebimento de atestado de pena a cumprir, emitido semestralmente, sob pena de responsabilização da autoridade judiciária competente.	Art. 627. Constituem direitos do preso: I - receber uniforme e alimentação suficiente; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III - constituir um pecúlio; IV – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, estudo, descanso e recreação; V – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VI - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e psicológica, conforme as normas vigentes; VII - ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo; VIII - receber seu advogado e ou defensor público e com ele conferenciar reservadamente nos dias e horários determinados; IX - ser visitado por seu cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias determinados e em conformidade com que estabelece este Regulamento; X - ser chamado e identificado pelo nome; XI – não sofrer tratamento desigual, salvo quando às exigências da individualização da pena. XII - ser ouvido pela direção da Unidade Prisional onde estiver recolhido nos dias úteis e horários estabelecidos; XIII - peticionar às autoridades em defesa de direito, conforme as normas vigentes; XIV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a segurança, a moral e os bons costumes; XV - receber anualmente, do juiz da execução, o levantamento de pena a cumprir; XVI – saída diária da cela para banho de sol por no mínimo 02 (duas) horas; XVII - receber, ao ser recolhido na unidade prisional, todas as informações sobre seus direitos, deveres, concessões e demais orientações sobre o seu modo de agir; e XVIII - não sofrer discriminação de qualquer natureza.

Além desses, outros direitos específicos a relação prisional estão previstos, dos quais merece destaque: a imposição de respeito "[...] à integridade física e moral do condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, do preso provisório e ao submetido à medida de segurança ou monitoração eletrônica", disposta no art. 623 do ReNP-MG, que certamente inspirou-se nos dispositivo dos art. 40 da LEP[158] e, principalmente, do art. 5º, XLIX da CRFB/88[159]; o direito do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial de contratar, por seus familiares ou dependentes, médico de confiança pessoal a fim de orientar e acompanhar o seu tratamento (art. 43 da LEP[160]); etc.

O tema relativo ao direito dos presos também já foi amplamente debatido no capítulo anterior, razão pela qual não se alonga em maiores explicações. Todavia, merece destaque a crítica desenvolvida anteriormente acerca da recorrente mitigação que os direitos dos presos sofrem em função do conflito de interesses entre a sua efetivação e a realização dos interesses da administração prisional, que, na discricionariedade da administração pública tendem a cumprir primordialmente os interesses dessa. Uma dinâmica, como se faz notar ao longo do trabalho, muito comum à relação de poder que se realiza a partir da disciplina prisional, pela qual a função de segurança e ordem é usada como pretexto usual a restrições e abusos das mais variadas ordens e origens. Nesse sentido, a situação de direitos dos presos apresenta um grande descompasso entre o programa legal de garantias e a realidade prática da experiência punitiva (cautelar e assecuratória), que enfrenta, para além da dinâmica de constrições arbitrárias da administração prisional indicada acima, um ambiente em que as condições estruturais precárias e a superlotação dificultam ainda mais a efetivação de direitos e da condição humana digna.

Determinado o conjunto de direitos e deveres que envolvem a relação de poder disciplinar da execução penal, passa-se a análise da forma como esse poder se distribui dentro dos estabelecimentos prisionais.

---

[158]LEP – Art. 40: Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

[159]CRFB/88 – Art. 5º: [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...]

[160]LEP – Art. 43: É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

2.1.2 A distribuição do Poder Disciplinar Prisional no Estado de Minas Gerais

O poder disciplinar sobre os indivíduos submetidos ao aparato de coerção da execução penal é primordialmente exercido, nos termos do art. 47 da LEP[161] e art. 48 da LEP[162], pela autoridade administrativa encarregada de concretizar esse aparato – nos ambientes de execução de pena privativa de liberdade isso inclui todo o pessoal prisional[163] e nos meios em que se realizam as penas restritivas de direito envolve "autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado" (art. 48 da LEP) –, a quem competem, com certa autonomia, realizar a mecânica disciplinar de coerção e recompensas dispostas na LEP aplicando diretamente os efeitos desse instrumento normalizante no âmbito administrativo. Nestes termos, o poder administrativo prisional é investido da capacidade de vigiar, imputar, julgar e sancionar os casos de indisciplina ocorridos sob sua tutela, realizando e completando de forma relativamente independente o ciclo de imposições normalizantes do poder disciplinar.

Ilustram essa autonomia disciplinar do poder administrativo dois dispositivos da LEP, art. 54, *caput*, da LEP[164] e o art. 41, parágrafo único[165], que atribuem ao âmbito de ação do poder disciplinar da autoridade administrativa prisional, mais precisamente ao diretor do estabelecimento prisional, a capacidade para decidir, de plano, sobre questões diretamente relacionadas aos direitos dos presos e ao *status* de liberdade por ele ostentado. O primeiro dispositivo (art. 54, *caput*, da LEP) atribui ao diretor do estabelecimento poder para aplicar as sanções disciplinares legalmente estabelecidas sem qualquer necessidade de confirmação ou aprovação jurisdicional (com exceção do Regime Disciplinar Diferenciado, de competência exclusiva do juiz). O segundo (art. 41, parágrafo único da LEP, que é replicado em termos pelo art. 627, parágrafo único do ReNP-MG[166]), por sua vez, permite ao diretor do estabelecimento prisional cassar deliberadamente alguns direitos prisionais em razão de acontecimentos e circunstâncias excepcionais que colocam em risco a ordem, a disciplina e/ou

[161]LEP – Art. 47: O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.
[162]LEP – Art. 48: Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado. Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.
[163] Vide nota de rodapé 101.
[164] LEP – Art. 54: As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.
[165] LEP – 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.

a segurança da unidade; hipótese em que diretor pode se valer motivadamente, da restrição e/ou limitação dos direitos (individuais ou coletivos) elencados no art. 41, V, X, XV da LEP[167] e art. 627, V, IX, XVI do ReNP-MG[168], para tentar controlar e regularizar as coisas[169].

Como se pode notar nos exemplos dispostos no parágrafo anterior, o diretor (geral) do estabelecimento prisional ocupa posição de destaque no contexto disciplinar administrativo. Inclusive, na organização prisional do estado de Minas Gerais ele representa a figura central do poder disciplinar desenvolvido no âmbito dos estabelecimentos prisionais, sendo ele diretamente responsável por organizar e aplicar a disciplina na unidade que dirige. Nessa ordem, cabe privativamente ao diretor geral a realização e formalização de diversos atos que compõem o aparato disciplinar aplicado pela administração prisional. Dentre eles: representar ao juiz da execução os caso de falta grave ou violação da monitoração eletrônica, para os "fins dos artigos 118, inciso I, 125 e 127 da LEP" (art. 48, parágrafo único da LEP[170] e art. 617, § 2º do ReNP-MG[171]); conceder regalias (art. 632 do ReNP-MG[172]); decidir sobre o isolamento preventivo (art. 644 do ReNP-MG[173]); fazer aplicar, com exceção do Regime Disciplinar Diferenciado, as sanções disciplinares (art. 652 do ReNP-MG[174]); suspender a sanção disciplinar nos casos indicados pelo órgão médico (art. 665 do ReNP-MG[175]); fazer o juízo de admissibilidade do comunicado interno que noticia indisciplina, determinando o

---

[166] ReNP-MG – Art. 627: Constituem direitos do preso: [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, IX e XVI deste artigo poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do Diretor Geral, ouvido o Conselho Disciplinar, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, devendo ser a decisão informada ao Juiz de Execução.

[167] LEP – Art. 41: Constituem direitos do preso: [...]V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; [...] X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...] XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. [...]

[168] ReNP-MG – Art. 627: Constituem direitos do preso: [...] V – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; [...] IX - ser visitado por seu cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias determinados e em conformidade com que estabelece este Regulamento; [...] XVI – saída diária da cela para banho de sol por no mínimo 02 (duas) horas; [...]

[169] Sobre essa hipótese, J. F. Mirabete (2000, p. 126) destaca: "A medida de suspensão ou restrição de caráter individual de direitos referida no art. 41 parágrafo único, não se confunde com a sanção disciplinar, aplicada após o procedimento específico, mas decorre de fatores excepcionais, tais como problemas de segurança, de moléstia e até de disciplina enquanto se procede apuração de falta disciplinar."

[170] LEP – Art. 48: [...] Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

[171] ReNP-MG – Art. 617: [...] § 2º Nas faltas graves e violações por monitoração eletrônica, o Diretor Geral as representará ao Juiz da Execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125 e 127 da Lei. 7.210 de 11/07/84.

[172] ReNP-MG – Art. 632: O Diretor Geral da Unidade Prisional, levando em consideração a conduta e disciplina do preso, poderá fazer as seguintes concessões e regalias: [...]

[173] ReNP-MG – Art. 644: O Diretor Geral da Unidade Prisional pode determinar, por ato motivado, o isolamento preventivo do preso, por período não superior a 10 (dez) dias.

[174] ReNP-MG – Art. 652: As sanções dos incisos I a IV do artigo anterior serão aplicadas por ato motivado do Diretor Geral da Unidade Prisional, ouvido o Conselho Disciplinar, e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

[175] ReNP-MG – Art. 665: A execução da sanção disciplinar será suspensa por motivo de saúde quando o órgão médico do Sistema Prisional assim o aconselhar, em parecer acolhido pelo Diretor Geral da Unidade Prisional.

arquivamento ou o prosseguimento da apuração disciplinar (art. 677do ReNP-MG[176]); prorrogar o prazo do procedimento administrativo disciplinar (art. 674, § 1º do ReNP-MG[177]); organizar e presidir o Conselho Disciplinar (art. 98 do ReNP-MG[178]); ordenar, após o procedimento administrativo disciplinar prisional, a aplicação da sanção disciplinar (art. 54 da LEP[179] e art. 652 do ReNP-MG[180]); etc.

Por todo o exposto fica claro que a realização da disciplina prisional se concentra em grande parte na figura do diretor geral, tendo ele a palavra final tanto para determinar a coerção quanto para definir as recompensas disciplinares. O poder disciplinar, todavia, não se concentra apenas sobre o diretor geral, cabendo a sua parte mais essencial a todo o pessoal prisional que, no cumprimento de suas atribuições diárias, controlam a atuação do preso, seja pelo constrangimento da vigilância constante ou pela identificação e comunicação das condutas faltosas. Nesse contexto, a disciplina é aplicada através da atividade diária de vigilância do administrado pelo pessoal prisional, que, constatando a ocorrência de falta disciplinar, comunica ao diretor da unidade prisional o ocorrido, cabendo a ele instaurar o procedimento disciplinar encaminhando o caso para apuração e julgamento do Conselho Disciplinar, para depois, recebendo a decisão proferida pelo conselho mencionado, manifestar-se determinando, se for o caso, a aplicação da sanção disciplinar. Desta forma, o diretor do estabelecimento é aquele que concentra o poder formal do instrumento disciplinar estabelecido impondo a sanção disciplinar normalizadora, enquanto os demais funcionários exercem o poder disciplinar na sua forma típica de vigilância e constrangimento constantes.

---

[176] ReNP-MG – Art. 677: O Diretor Geral, ao receber o comunicado interno, proferirá despacho motivado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas ou no máximo no primeiro dia útil subsequente em caso de feriado e/ou final de semana, determinando: I – O arquivamento, quando a conduta não estiver prevista como falta disciplinar ou quando não existir indícios suficientes de sua autoria. II – A instauração do procedimento disciplinar, decidindo sobre: a) capitulação da falta disciplinar; b) isolamento preventivo do infrator, conforme disposto no art 644, bem como comunicar o Juiz competente; e c) remeter o Procedimento Administrativo Disciplinar para o secretário do Conselho Disciplinar que dará sequência ao processo.

[177] ReNP-MG – Art. 674: [...] § 1º Não concluído no prazo, o procedimento disciplinar poderá ser prorrogado uma única vez, por igual período, devendo o secretário do Conselho disciplinar, por meio de pedido fundamentado e relatório das diligências realizadas, solicitar a prorrogação ao Diretor Geral.

[178] ReNP-MG – Art. 98: O Conselho Disciplinar – CD de que trata o inciso VII do art. 91 do Decreto Estadual nº 46.647/2014 é organizado pelo Diretor Geral da Unidade Prisional e destina-se ao processamento e julgamento das faltas disciplinares cometidas pelos presos, bem como à cominação das devidas sanções administrativas. Parágrafo único. Cabe ao Diretor Geral, como responsável pela organização e estruturação do Conselho Disciplinar, a designação dos seus membros e respectivos suplentes.

[179] LEP – Art. 54: As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 1o A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. [...]

[180] ReNP-MG – Art. 652: As sanções dos incisos I a IV do artigo anterior serão aplicadas por ato motivado do Diretor Geral da Unidade Prisional, ouvido o Conselho Disciplinar, e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

O poder disciplinar formal do diretor, todavia, não é absoluto, como demonstrado na breve descrição do procedimento disciplinar do parágrafo antecessor, uma vez que a ordem que determina a concretização da sanção disciplinar deve ser necessariamente informada pelo procedimento administrativo disciplinar realizado pelo Conselho Disciplinar.

O Conselho Disciplinar (CD), vale a pena detalhá-lo com mais cuidado, é uma unidade administrativa interna dos estabelecimentos prisionais de Minas Gerais, regulamentada pelo ReNP-MG, que tem por atribuição o "processamento e julgamento das faltas disciplinares cometidas pelos presos, bem como à cominação das devidas sanções administrativas" (art. 98 do ReNP-MG)[181]. O rol detalhado das atribuições do Conselho Disciplinar está disposto no art. 102 do ReNP-MG[182], das quais se destaca, para além da síntese antes apresentada por sua própria definição, o dever de garantir o direito ao contraditório e a ampla defesa, pelo qual se deve não só oportunizar a presença da defesa técnica e a autodefesa do faltoso, como também realizar as diligências solicitadas pela defesa (art. 102, IV do ReNP-MG).

A organização e estruturação do CD é competência do Diretor Geral da Unidade Prisional, que deverá designar, dentre os funcionários da unidade prisional, cinco membros titulares e seus respectivos suplentes que, juntamente com a defesa do preso vão compor o que o ReNP-MG chama de Conselho Disciplinar (art. 98, parágrafo único do ReNP-MG), conforme definição do art. 99 do ReNP-MG, *in verbis*:

> ReNP-MG – Art. 99. O Conselho Disciplinar é composto por, no mínimo, 06 (seis) titulares, capazes e experientes, a saber:

[181] Interessante notar que nos regulamentos antecessores a importância do CD era maior, pois cabia a ele também determinar a concessão de elogios, como se observava no art. 19 do REDIPRI-MG – "Art. 19. O Conselho Disciplinar, por proposta escrita de diretor ou funcionário da unidade, fará publicar elogio ao preso que se destacar." –, essa atribuição, no entanto, foi transferida a Comissão Técnica de Classificação (CTC), como se nota do art. 631 do ReNP-MG – "Art. 631: A Comissão Técnica de Classificação, por proposta escrita de Diretor ou funcionário da Unidade Prisional, avaliará a concessão do elogio ao preso que se destacar, bem como o comportamento do preso. Parágrafo único. A publicidade do elogio deverá levar em conta a integridade física do preso." –, restringindo-se a atuação do CD às situações de coerção disciplinar.

[182] ReNP-MG – Art. 102: Ao Conselho Disciplinar cabe: I - analisar e decidir acerca das faltas disciplinares, sejam elas graves, médias ou leves, e sugerir a respectiva sanção; II – gerenciar, por meio de ações e deliberações de competência de seu Presidente, o procedimento disciplinar, decidindo sobre incidentes, inquirindo o preso, visando esclarecer os fatos e circunstâncias das ocorrências, bem como solicitando diligências e informações aos diversos setores da Unidade Prisional, a fim de que seja aplicada a devida sanção administrativa; III – viabilizar, por meio de ações e deliberações de competência de seu Secretário, o trâmite das ocorrências de sua responsabilidade; IV – garantir, por meio de ações e deliberações de competência de Advogado constituído, de Defensor Público ou, à falta destes, de ANEDS/ATJ [Analista Executivo de Defesa Social/ Analista Técnico Jurídico], o direito do preso ao contraditório e à ampla defesa; e V - analisar e julgar, por meio de ações de deliberações de competência de seus membros votantes, as faltas disciplinares. Parágrafo único. Aos membros suplentes compete substituir os membros titulares sempre que necessário, bem como compete ao membro Presidente, de acordo com a demanda de trabalho, designar auxiliares para viabilizar a celeridade do Procedimento Disciplinar.

> I – Presidente: representado pelo Diretor Geral da Unidade Prisional, que poderá delegar a função a um dos Diretores Setoriais;
> II – Secretário: representado por servidor qualificado para exercer o secretariado junto ao Conselho Disciplinar; e
> III – Defesa: representada pela Defensoria Pública ou por Advogado constituído ou, na ausência ou inexistência destes, pelo Analista Executivo de Defesa Social/Analista Técnico Jurídico – ANEDS/ATJ, observados os limites legais de exercício da função previstos neste Regulamento, sem, contudo, deixar de contribuir eficientemente para a justa classificação da falta disciplinar.
> IV – Membros votantes:
> a) 1 representante da equipe de segurança; e
> b) 2 técnicos ligados a Diretoria de Atendimento.
> § 1º Serão no mínimo 03 (três) membros votantes, mantendo-se, para todos os efeitos, a composição ímpar, recomendada a alternância destes membros a cada 06 (seis) meses.

As reuniões do Conselho Disciplinar devem acontecer, nos termos do art. 101 do ReNP-MG[183], "ordinariamente, uma vez por semana, mantendo a constância do dia, o qual será fixado pelo Diretor Geral" e extraordinariamente "sempre que convocado pelo Diretor Geral", e só podem funcionar se todas as posições elencadas pelo art. 99 do ReNP-MG estiverem devidamente ocupadas pelos membros titulares ou seus respectivos suplentes, caso o membro titular falte ou esteja impedido de atuar. Nessa última hipótese, o impedimento do membro do CD ocorre se ele apresentar qualquer uma das razões elencadas no art. 100 do ReNP-MG[184]; uma clara disposição em garantia da imparcialidade dos julgadores, pois impede: que o servidor que classificou a falta (inciso I) julgue influenciado pelas predisposições que o trabalho de classificação lhe submeteram; que o servidor que, de alguma forma, tenha presenciado os fatos (inciso II) o julgue, garantindo assim a distância necessária para que o julgador seja objetivo em sua atividade, sem a influência das impressões, emoções e prejulgamentos da experiência passada; que o servidor possua relação de parentesco, amizade ou desafeto com o preso ou funcionário envolvido na ocorrência (inciso III), em outra clara disposição em garantia a imparcialidade do julgador.

Nestes limites, cumpre ao conselho disciplinar idealmente intermediar o procedimento disciplinar administrativo, gerenciando os meios necessários a escorreita instrução e julgamento dos episódios de indisciplina remetidos a ele. Julgado o caso o resultado é comunicado ao diretor geral da unidade prisional que, por sua vez, determina a aplicação da sanção disciplinar. Tem-se, desta forma, o poder disciplinar normalizante sendo exercido por

[183] ReNP-MG – Art. 101: O Conselho Disciplinar somente funcionará com a totalidade de seus membros, reunindo-se, ordinariamente, uma vez por semana, mantendo a constância do dia, o qual será fixado pelo Diretor Geral. Parágrafo único. O Conselho Disciplinar poderá se reunir em caráter extraordinário, sempre que convocado pelo Diretor Geral.

comando do diretor geral, mas a decisão quanto ao cabimento ou não dessa sanção é dada pelo colegiado do Conselho Disciplinar.

A realização do poder disciplinar, contudo, não se restringe à atuação dos órgãos administrativos, sendo realizada também pelo poder jurisdicional, que vai se preocupar substancialmente com os efeitos da indisciplina nos termos processuais que regem o cumprimento da pena. Essa repercussão da disciplina prisional em dois poderes diferentes do Estado (executivo e o judiciário) é uma consequência do modelo misto de gestão empregado ao sistema de execução penal, que divide essa atividade atribuindo funções próprias a cada poder. Em alguns casos o mesmo fato demanda a atuação dos dois lados, cabendo a eles cuidar dos efeitos e consequências daquele sob sua respectiva seara; como acontece nos episódios em que a administração prisional constata o cometimento de falta grave[185], que, além de movimentar a aparato disciplinar administrativo, também demanda do poder jurisdicional a produção dos consequentes desse tipo de falta nos termos da sanção penal aplicada.

Nessa dinâmica binária, tendo a administração prisional tomado conhecimento, apurado, classificado, julgado e condenado a conduta indisciplinada típica, deve o diretor geral, caso constate se tratar de falta graduada como grave, comunicar o fato ao juiz da execução (art. 48, parágrafo único da LEP[186] e art. 617, § 2º do ReNP-MG[187]) para que ele proceda com os trâmites jurisdicionais previstos para esses casos. Em seqüência, o juiz da execução decidirá pela homologação ou não da falta grave, produzindo, caso homologue, os efeitos previstos pela LEP e cabíveis ao caso concreto. As possíveis repercussões são: regressão de regime (art. 118, I da LEP[188]), perda do direito de saída temporária (art. 125 da

---

[184] ReNP-MG – Art. 100. Serão impedidos de participação no Conselho Disciplinar: I – o servidor que classificou a falta; II – o servidor que, de alguma forma, tenha presenciado os fatos; e III – o servidor que possua relação de parentesco, amizade ou desafeto com o preso ou funcionário envolvido na ocorrência.

[185] A repercussão sobre os dois âmbitos de poder (jurisdicional e administrativo) só acontece nos casos em que a falta praticada pelo indivíduo é classificada como grave. As faltas leves e médias não demandam, como falta grave, a atuação do juiz de direito, pois não surtem efeitos diretos sobre os termos de cumprimento da pena. O único envolvimento o poder judiciário nesses casos se dá nos casos em que essas faltas são sancionadas com isolamento, que, por regra do art. 58, parágrafo único da LEP e o art. 650 do ReNP-MG, devem ser comunicadas ao Juiz da execução apenas para que ele tome conhecimento, já que esse tipo de falta não demanda alterações imediatas na forma de cumprimento de pena.

[186] LEP – Art. 48: Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado. Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

[187] ReNP-MG – Art. 617: O preso que, de qualquer modo, concorra para a prática de infração disciplinar incide na pena a ela cominada na medida de sua culpabilidade.[...] § 2º Nas faltas graves e violações por monitoração eletrônica, o Diretor Geral as representará ao Juiz da Execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125 e 127 da Lei. 7.210 de 11/07/84.

[188] LEP – Art. 118: A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; [...]

LEP[189]), perda de dias de pena cumprida com o decote de até 1/3 (um terço) dos dias remidos (art. 127 da LEP[190]), conversão de pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade (art. 181, §§ 1º, *d*, e 2º da LEP[191]). Ademais, compete exclusivamente ao juiz da execução, quando provocado pelo diretor geral da unidade prisional ou outra autoridade administrativa, a imposição de Regime Disciplinar Diferenciado (art. 54 da LEP[192]).

> Logo, fica claro o sistema bipartido. Na primeira parte, no campo administrativo, ocorrerá a apuração da falta eventualmente praticada, sua classificação em leve, média ou grave e, ainda a aplicação de sanção administrativa pelo gestor da unidade prisional. Num segundo momento, com o envio do PAD [procedimento administrativo disciplinar] concluído ao Juiz de Direito incumbido da Execução Penal, inicia-se a verificação da validade do procedimento e a apuração do reflexo jurisdicional do ato praticado pela pessoa presa. (TEIXEIRA; JOHANN JÚNIOR, 20??, p. 27)

Importante destacar que, caso o juiz decida por não homologar a falta disciplinar, a sua decisão não necessariamente vai influir sobre a condenação e a sanção disciplinar administrativa aplicada contra o indivíduo, pois a atuação da administração, como pontuado anteriormente, corre de forma autônoma em relação ao poder jurisdicional, cumprindo seus efeitos independentemente da verificação ou autorização desse poder. Essa autonomia, todavia, não é absoluta, afinal, o poder jurisdicional pode, e deve, exercer o controle de legalidade sobre todos os atos da administração prisional: seja pela resolução dos incidentes de excesso e desvio da execução (art. 66, III, f da LEP[193] e art. 185 da LEP[194]) ou por força do

---

[189] LEP – Art. 125: O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

[190] LEP – Art. 127: Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

[191] LEP – Art. 181: A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal. § 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa. § 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a", "d" e "e" do parágrafo anterior.

[192] LEP – Art. 54: As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. § 1o A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. [...]

[193] LEP – Art. 66: Compete ao Juiz da execução: [...] III - decidir sobre: [...] f) incidentes da execução. [...]

[194] LEP – Art. 185: Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB/88[195]), que coloca qualquer lesão ou ameaça de lesão sob o potencial crivo do poder judiciário; que em ambas as hipóteses investem o juiz da execução com a capacidade para anular qualquer ato da administração prisional que viole a ordem legal, restabelecendo o *status quo ante.* Esse controle jurisdicional dos estabelecimentos prisionais, todavia, é um instrumento muito pouco utilizado, o que faz com que a administração prisional não encontre óbice ou o mínimo incômodo na realização das mais diversas ordens de abusos e arbítrios através de seu poder disciplinar.

Por tudo o que foi exposto, o poder disciplinar exercido pelo judiciário, mais especificamente pelo juiz encarregado da execução penal, é reduzido e eminentemente formal, pois cuida tão somente de aplicar os efeitos da falta disciplinar grave aos termos do cumprimento de pena e a decisão, com base no pedido da autoridade administrativa, sobre a necessidade e a legalidade de se impor Regime Disciplinar Diferenciado a algum recluso. Nestes termos, inegável que o poder disciplinar no âmbito do sistema de penas cabe primordialmente, como já afirmado no início dessa parte, a autoridade administrativa encarregada de concretizar o aparato de coerção da execução penal; que aplica a mecânica disciplinar de coerção e recompensas normalizantes dispostas na LEP, manipulando os sofrimentos e os prazeres do indivíduo submetido a ele, sob quase inexistente controle jurisdicional externo. Nesse sentido, observa-se uma clara exceção (fática e de direito) ao princípio de jurisdicionalização posta pela própria LEP que, apesar da notória agenda de jurisdicionalização[196] da execução penal que justificou sua criação, acabou atribuindo perigosa ordem de poder a órgão com claros interesses repressivo (a função defensivista é um realidade não só legal, mas principalmente fática) e posicionamento adversário aos administrados, o que abre espaço para deletérias configurações e consequências ao exercício desse poder.

Finalizando o tema, outro ponto importante sobre a distribuição do poder disciplinar dentro das unidades prisionais do estado de Minas Gerais está na proibição expressa do art. 140 da LEP-MG[197] e o art. 618 do ReNP-MG[198], que determina que nenhum preso exercerá

---

[195] CRFB/88 – Art. 5º: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

[196] Sobre essa agenda destaca-se trecho da exposição de motivas da LEP que evidência a preocupação e a orientação da lei em cobrir a execução de jurisdicionalidade. Diz parte do item 92 da exposição de motivos da LEP que: "A orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal."

[197] LEP-MG – Art. 140: O sentenciado não exercerá função disciplinar.

função ou tarefa disciplinar (ou de liderança)[199] na unidade prisional. Intenta-se, por essa determinação, evitar que algum preso ocupe posição de comando sobre os demais, evitando assim: a consolidação de lideranças entre os presos, pois, quanto menos unidos e organizados mais fácil é para a administração garantir a ordem na unidade e o controle sobre os presos; ou a perpetração de relações abusivas entre presos em decorrência do poder disciplinar de uns sobre os outros, o que pode gerar situações de chantagem, trocas de favor, punições sem fundamento, represália entre presos, etc. Dispositivo esse que se alinha com a Regra 40, item 1 das Regras de Mandela[200].

Estabelecido o contorno de obrigações da disciplina prisional impende agora determinar quem está sujeito às determinações do sistema disciplinar prisional ora analisado.

2.1.3 Quem está Sujeito a Disciplina Prisional Aplicada no Estado de Minas Gerais?

A LEP prevê, nos termos do seu art. 44, parágrafo único[201], que: "estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório". O ReNP-MG, por sua vez, além de estabelecer a sua incidência sobre os mesmo sujeitos indicados pela LEP (art. 614, § 1º do ReNP-MG[202]), completa seu âmbito estendendo a sua regulamentação disciplinar aos "submetido à medida de segurança e ou monitoração eletrônica, naquilo que couber" (art. 620 do ReNP-MG[203]).

A simples indicação desse dispositivo em resposta à pergunta feita no título dessa parte não é, todavia, suficiente a definição verdadeira de quais indivíduos estão sujeitos à

---

[198] ReNP-MG – Art. 618: Nenhum preso poderá desempenhar função ou tarefa disciplinar ou de liderança na unidade prisional.
[199] Trecho entre parênteses presente somente no ReNP-MG.
[200] Regras de Mandela - Regra 40: item 1. Nenhum preso deve ser empregado, a serviço da unidade prisional, em cumprimento a qualquer medida disciplinar.
[201] LEP – art. 44: A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.
[202] ReNP-MG – Art. 614: A inclusão do protocolo de apuração de faltas disciplinares neste Regulamento Geral destina-se a padronizar nas Unidades Prisionais da Subsecretaria de Administração Prisional, da Secretaria de Estado da Defesa Social de Minas Gerais, para a realização do Conselho Disciplinar, normas básicas de conduta e disciplina dos presos, bem como seus direitos e deveres. § 1º Estão sujeitos ao Regulamento Disciplinar os condenados à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, bem como o preso provisório e pessoa sob monitoração eletrônica, sendo que este último, apenas naquilo que couber. § 2º - Também estão sujeitos à disciplina carcerária os presos sob a guarda ou custódia de servidores da Subsecretaria de Administração Prisional ou de outras autoridades e seus agentes, nos seguintes casos: I – durante a sua movimentação fora da Unidade Prisional; II – durante o seu internamento em unidades de saúde; e III- durante as audiências perante autoridades administrativas, legislativas ou judiciárias.
[203] ReNP-MG – Art. 620: Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança e ou monitoração eletrônica, no que couber, o disposto neste Regulamento.

disciplina prisional. Basta constatar que a condenação penal por si só não submete o indivíduo automaticamente os ditames disciplinares próprios do aparelho executivo penal, pois enquanto ele não inicia a execução da pena não há como se estabelecer a relação de poder da execução penal. Nesse sentido, a afirmação dos artigos supracitados trata em verdade de generalização que padece da impropriedade dos termos eleitos a ela na tarefa de definir os sujeitos submetidos à disciplina prisional. Isto porque, a sujeição do indivíduo às mecânicas disciplinares não depende apenas do motivo (condenação à pena privativa de liberdade, condenação à pena restritiva de direitos, decretação de prisão provisória, etc.) que estabelece a relação de poder entre estado e indivíduo na execução penal, devendo ser ela necessariamente relacionada ao cumprimento efetivo da medida imposta, e a tutela direta do Estado sobre o indivíduo. Assim, por exemplo, o indivíduo condenado a pena privativa de liberdade em regime fechado só estará sujeito a disciplina prisional a partir do momento em que ele é recolhido para cumprir a pena e o Estado lhe impõe os constrangimentos necessários à imposição disciplinar; ou, no caso de condenação à pena restritiva de direitos que impõe prestação de serviço à comunidade e/ou limitação de fim de semana, a sujeição aos ditames disciplinares só terão início quando essas medidas tiverem todos os seus termos definidos junto ao indivíduo. A obviedade dessa colocação é tanta que põe em dúvida se ela realmente é necessária, mas, considerando que os exercícios de poder punitivo, como a execução penal, têm fortes tendências a distorções restritivas e abusivas, a definição precisa dos sujeitos submetidos à disciplina prisional surte o efeito de limitar ainda mais o espaço daquele poder.

Considerando o exposto, estão sujeitos ao regime disciplinar prisional aplicado no estado de Minas Gerais:

a) os condenados à pena privativa de liberdade, recolhidos em estabelecimento prisional (penitenciárias, colônias agrícolas, colônias industriais, casas de albergado, cadeias pública, Centros de Remanejamento do Sistema Prisional – CERESP, etc.[204]) sob a administração do estado de Minas Gerais, ou em qualquer outro ambiente em que ele permanece sob a guarda ou custódia do Estado, como: “durante a sua movimentação fora da Unidade Prisional” (como

[204] Inclui-se aqui os estabelecimentos típicos ao cumprimento de prisão provisória, pois, ante a situação caótica do sistema prisional que ostenta enorme déficit de vagas, não raro os estabelecimentos originalmente destinados ao recolhimento de uma única ordem de presos (como a penitenciária se destina a reclusão de condenados em regime fechado e a cadeia pública designada ao recolhimento de presos provisórios) recebem indivíduos em situações diversas. Assim, é comum encontrar condenados em cumprimento definitivo de pena em estabelecimentos destinados a presos provisórios, bem como, é possível encontrar presos provisórios recolhidos em penitenciárias. Desta forma, para abarcar todas as possibilidades inclui-se na lista estabelecimentos prisional das mais variadas destinações, afinal, nos casos de reclusão, independente do estabelecimento, o indivíduo estará sujeito ao regime disciplina prisional.

quando estiver em trânsito para a audiência, para outra unidade prisional, etc.), "durante o seu internamento em unidades de saúde", e "durante as audiências perante autoridades administrativas, legislativas ou judiciárias" (art. 614, § 2º do ReNP-MG[205]);

b) os presos provisórios, nos mesmos limites indicados acima;

c) os condenados à pena restritiva de direitos, nos momentos e ambientes de cumprimento da pena imposta e enquanto durarem as obrigações impostas pela sanção penal;

d) os indivíduos submetidos à monitoração eletrônica, seja a título de medida cautelar ou em cumprimento de regime aberto em prisão domiciliar, que devem cumprir com as obrigações e limitações impostas e zelar pela preservação do instrumento de monitoração, a partir do momento em que o aparelho é instalado e enquanto a medida perdurar;

e) os indivíduos submetidos às medidas de segurança, enquanto durar a imposição de tratamento, seja ele ambulatorial ou internado em Unidade Médico-Prisional, sob a administração do estado de Minas Gerais, ou afim (naquilo que couber).

Sobre essa última; a inclusão dos indivíduos submetidos às medidas de segurança no âmbito de incidência da mecânica de coerção disciplinar prisional; têm-se grandes ressalvas sobre seu cabimento, sendo elencada acima tão somente porque o ReNP-MG prevê a possibilidade de sujeição disciplinar de inimputáveis e semi-imputáveis pelos mesmos dispositivos empregados a todas as espécies de execução indicadas acima.

O art. 667 do ReNP-MG[206], ainda que se diga que não tinha a intenção, estende o domínio do poder disciplinar sobre os indivíduos que cumprem medida de segurança em Unidade Médico Prisional. O artigo, em seu *caput*, cuida de isentar de pena àqueles que praticam falta em "consequência de alteração comprovada de sua saúde mental", todavia, logo em seguida emenda em seu parágrafo único que a ocorrência de falta disciplinar por "preso internado em Unidade Médico-Prisional para cumprimento de medida de segurança e tratamento psiquiátrico temporário", deve ser enviada ao "Conselho Disciplinar ou à

[205] ReNP-MG – Art. 614: [...] 2º - Também estão sujeitos à disciplina carcerária os presos sob a guarda ou custódia de servidores da Subsecretaria de Administração Prisional ou de outras autoridades e seus agentes, nos seguintes casos: I – durante a sua movimentação fora da Unidade Prisional; II – durante o seu internamento em unidades de saúde; e III- durante as audiências perante autoridades administrativas, legislativas ou judiciárias.

[206] ReNP-MG – Art. 667: É isento de sanção disciplinar o preso que praticar a falta em consequência de alteração comprovada de sua saúde mental. Parágrafo único. Na hipótese de cometimento de falta disciplinar por preso internado em Unidade Médico-Prisional para cumprimento de medida de segurança e tratamento psiquiátrico temporário, a Unidade deverá: I - manter o preso provisoriamente isolado à disposição do profissional responsável pelo seu tratamento, resguardando a integridade física dos demais pacientes; II - providenciar para que o profissional responsável pelo tratamento do preso emita parecer sobre suas condições clínicas e mentais; e III - encaminhar a ocorrência ao Conselho Disciplinar ou à Comissão Técnica de Classificação para que, com fulcro no parecer médico, deliberem sobre o fato.

Comissão Técnica de Classificação", juntamente com parecer do médico responsável pelo tratamento, para que esses órgãos deliberem sobre o caso. Assim, abre a possibilidade para que aqueles órgãos decidam se a falta ocorreu em "consequência de alteração comprovada de sua saúde mental" ou não. O que invariavelmente permite a intrusão de juízos valorativos sobre a questão da imputabilidade do indivíduo, afinal esses órgãos não estão vinculados ao parecer enviado a eles. Assim, caso considerem que a falta não ocorreu em consequência da alterada saúde mental do preso, seria possível aplicarem os mesmo rigores disciplinares que recaem aos episódios de indisciplina dos imputáveis.

A inclusão das medidas de segurança sob o âmbito de incidência das normas do regulamento disciplinar prisional, todavia, é equivocada, pois, como esclarece R. D. E. Roig (2017, p. 196):

> "[...] os submetidos à medida de segurança não cometem faltas disciplinares, nem podem ser sancionados por elas. Em primeiro lugar porque o fundamento da subsistência da medida de segurança é estritamente de ordem psiquiátrica, que nada tem a ver com a esfera disciplinar. Em segundo lugar porque se os submetidos à medida de segurança são penalmente inimputáveis, com maior razão serão disciplinarmente inimputáveis."

No mesmo rumo do argumento acima, J. F. Mirabete (2000, p. 129), também menciona que a questão da incapacidade dos inimputáveis e os semi-imputáveis como impedimento a imposições disciplinares, todavia ele contrapõe essa fala denotando que "[...] mesmo estes devem ser sujeitos às regras mínimas referentes à preservação da boa ordem do estabelecimento, devendo obediência a horários, a determinações quanto ao tratamento etc."[207]. De fato não há como negar essa premissa, todo ambiente precisa de regras mínimas para a preservação da boa ordem, o que não se restringe as situações do sistema de execução penal, sendo essa aplicada a quase todas as situações de convivência comunitária, e a maioria delas dispensa a imposição de regime disciplinar tão rígido e nocivo quanto o aplicado nos estabelecimentos prisionais, realizando-se por tantas outras soluções. Não pode ser essa, portanto, a justificativa para a imposição do regime disciplinar prisional aos indivíduos submetidos à medida de segurança, até porque, a dinâmica de poder imposta pelo regime disciplinar prisional; amplamente apoiado na capacidade de compreensão da norma, na responsabilização dos desvios e na sanção de efeito normalizante; não se encaixa em um ambiente em que não há previsibilidade da função normalizadora das medidas disciplinares, o que poderia importar um ambiente de rígidas restrições e castigos sem qualquer efeito útil a

[207] O autor não se posiciona em nenhum dos lados.

esses, impondo sofrimentos sem nem o menos o retorno da adequação às regras. Pelo exposto, não faz sentido aplicar o regime disciplinar prisional ao sujeito submetido à medida de segurança.

Essa inclusão das pessoas submetidas à medida de segurança sob o âmbito de incidência das normas do regulamento disciplinar prisional denota a forma mais grave de um problema que envolve outras razões da imposição de disciplina pela execução penal, e que merece atenção: a imposição de regime disciplinar próprio ao controle de estabelecimento prisional totalizantes, repressivo e moralizante a espécies de execução penal que são realizadas sobre paradigmas muito diferentes.

Um problema não tão presente na LEP, pois, apesar de estabelecer de forma geral que o cumprimento das penas privativas de liberdade e restritivas de direito estão submetidas à mesma regulação disciplina, cuidou de organizar suas disposições levando em consideração a nuances e peculiaridade da aplicação do poder disciplinar a cada situação[208]. Assim, a LEP estabelece as faltas disciplinares graves próprias à imposição de disciplina nas execuções de privação de liberdade (art. 50 da LEP) e outras próprias à imposição de disciplina nas execuções da restrição de direitos (art. 51 da LEP). Nesses termos, há uma clara orientação à distinção do conteúdo disciplinar imposto a cada espécie de intervenção da execução penal; pelo menos no que diz respeito à definição das condutas proibidas na forma de falta disciplinar grave. Todavia, o sistema disciplinar aplicado pelo ReNP-MG, ignora completamente a orientação que divide e adapta a disciplina prisional as diferentes espécies da execução, submetendo a todos os sujeitos envolvidos por sua regulamentação a mesma fórmula disciplinar.

O ReNP-MG, prevê para todas as espécies da execução estabelecidas por ele exatamente o mesmo conteúdo disciplinar, não se preocupando em separa as diferentes realidades fáticas que envolvem cada uma das várias espécies de execução compreendidas por sua tutela disciplinar. Com isso, as faltas disciplinares graves, médias e leves, aplicadas aos indivíduos reclusos em uma penitenciária, por exemplo, são as mesmas impostas, em teoria, ao indivíduo que cumpre pena de restrição de fim de semana, ou ao sujeito que está sendo monitorado eletronicamente em razão de medida cautelar, afinal, conforme a disposição indicada estão todos sujeitos ao mesmo regulamento, que não distinguem as diferentes realidade. A essa situação se acresce ainda o fato de que as faltas disciplinares previstas pelo

[208] O que se evidencia pelo disposto no item 81 da exposição de motivos da LEP, que, ao tratar da diferença entre as faltas disciplinares previstas para a execução das penas privativas de liberdade e as previstas para a

ReNP-MG são eminentemente voltadas a regulação disciplinar dos estabelecimentos prisionais. Ilustra essa característica o fato de o ReNP-MG, tendo replicado todas as faltas previstas no art. 50 da LEP (que trata especificamente das faltas aplicadas as situações da execução de pena privativa de liberdade), olvidou duas das três faltas disciplinares previstas no art. 51 da LEP, que trata da disciplina aplicada à execução de penas restritivas de direito, e a única norma replicada só o foi porque tinha redação idêntica a outra falta grave prevista no art. 50 da LEP.

Nesse contexto em que diferentes formas de relação entre Estado e indivíduo são regradas sobre parâmetros de controle e dominação próprios de instituições totais (afinal pensadas para a aplicação nas prisões), deve-se denotar a impropriedade desse agrupamento que, além de ignora as peculiaridades de cada situação impondo o mesmo modelo a todos, abre a possibilidade para o controle disciplinar repressivo, totalizante e moralista sobre espécies da execução que não comportam, ante a suas próprias disposições e espaços de liberdade, a imposição de um modelo disciplinar administrativo como esse. Conclui-se, dessa forma, que agrupar diferentes espécies da execução em uma mesma situação, indicando que eles estão submetidas, de forma geral, ao sistema disciplinar prisional das normas estabelecidas pela LEP e pelo ReNP-MG não completa o real significado e contexto de sujeição de cada uma das espécies da execução. Relações diferentes devem ser trabalhadas de formas diferentes e não todas trabalhadas sobre o paradigma mais restritivo e infesto em prática.

Finalizando o tema aqui proposto, impende ressaltar ainda que a imposição do indivíduo a qualquer norma ou sanção disciplinar está condicionada ao cumprimento do dispositivo dos art. 46 da LEP[209] e art. 619 do ReNP-MG[210], que determinam que os indivíduos sejam cientificados das normas que compõem o regime disciplinar prisional logo que a sujeição ao aparelho disciplinar se inicie. Essa ciência, como preceitua as Regras de Mandela (Regra nº 54 e 55 das Regras de Mandela[211]), só se completa com a certeza de que o

---

execução das penas restritivas de direito, que diz: "Dadas as diferenças entre as penas de prisão e as restritivas de direitos, os tipos de ilicitude são igualmente considerados como distintos".

[209] LEP – Art. 46: O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares.

[210] ReNP-MG - Art. 619: O condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório e em monitoração eletrônica, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares da Subsecretaria de Administração Prisional.

[211] Regras de Mandela – Art. 54: Todo preso, na sua entrada, deve receber informação escrita sobre: (a) A legislação e os regulamentos concernentes à unidade prisional e ao sistema prisional; (b) Seus direitos, inclusive métodos autorizados de busca de informação, acesso à assistência jurídica, inclusive gratuita, e procedimentos para fazer solicitações e reclamações; (c) Suas obrigações, inclusive as sanções disciplinares aplicáveis; e (d) Todos os assuntos necessários para possibilitar ao preso adaptar se à vida de reclusão.

indivíduo pode acessar o conteúdo das normas, assim: sendo analfabeto devem as normas ser fornecidas verbalmente (regra 55, item 2); tendo o indivíduo deficiência sensorial deve ele "receber as informações de maneira apropriada a suas necessidades" (regra 55, item 2); e, caso não compreenda o idioma deve "ser fornecida a assistência de um intérprete" (regra 55, item 1). A intenção dessa diligência é assegurar que a relação de poder desenvolvida pelo regime disciplinar corra em termos claros, evitando que o preso cometa faltas disciplinares por simplesmente não saber que a conduta era proibida. Além disso, impossibilita que a ignorância das regras seja aproveitada para impor restrições estranhas ao regime posto, pois capacita o preso a contestar o conteúdo de ordens e restrições não dispostas na norma, o que, de certa forma, evita a figura do agente disciplinar detentor único e absoluto da norma, e alguns eventuais abusos decorrentes dos arbítrios desse exercício de poder. Nesse sentido, as regras disciplinares não se pressupõem e o conhecimento do seu conteúdo pelo indivíduo é condição *sine qua non* para a imposição das normas e sanções disciplinares, ocorrendo legítimo erro de proibição, pois não há como se falar em culpabilidade se o indivíduo incorreu em falta disciplinar sem que antes compreendesse a antijurisdicionalidade da sua conduta.

Em suma, estão sujeitos a disciplina prisional aplicada no estado de Minas Gerais: os condenados a pena privativa de liberdade, os presos provisórios, os condenados a pena restritiva de direitos, os indivíduos submetidos a monitoração eletrônica, os indivíduos submetidos às medidas de segurança (esse último com grandes ressalvas), em cumprimento de pena e diretamente custodiados ou tutelados pelo aparelho de execução penal, que tenham sido cientificados do conteúdo normativo que regram suas condutas.

2.2 A Coerção disciplinar: as formas e procedimentos de normalização pela punição da indisciplina

O principal meio de garantia da disciplina empregado pelo poder disciplinar prisional decorre da aplicação de modelo coercitivo que, valendo-se de sanções disciplinares diversas, operam a normalização do indivíduo pelo reforço negativo da adequação comportamental, ou seja, ele reforça a prática desejada punindo exemplarmente àquelas que violam os preceitos da disciplina. Assim, são impostos sofrimentos ao indivíduo que infringe as regras disciplinares

---

Regras de Mandela – Art. 55: 1. As informações mencionadas na regra 54 devem estar disponíveis nos idiomas mais utilizados, de acordo com as necessidades da população prisional. Se um preso não compreender qualquer desses idiomas, deverá ser fornecida a assistência de um intérprete. 2. Se o preso for analfabeto, as informações devem ser fornecidas verbalmente. Presos com deficiências sensoriais devem receber as informações de maneira

tendo como objetivo principal desencorajar, naquele indivíduo e em seus pares, o descumprimento futuro das normas pelo temor de sofrer dos efeitos das sanções disciplinares típicas, constrangendo-os, desta forma, à adequação aos preceitos disciplinares impostos.

Na execução penal brasileira, a realização dessa mecânica punitiva normalizante da disciplina prisional deve ocorrer através do modelo legal que situa o conteúdo e os limites do aparato de imposição disciplinar operado pelos agentes do poder administrativo. Nesses termos, a correção disciplinar determinada pela LEP (como norma geral) busca alinhar-se aos preceitos do estado de direito que demandam a constituição de limites claros às relações que podem intervir nocivamente na esfera de liberdades e direitos de um indivíduo, prevendo um modelo que, apesar das várias inconsistências e falhas, visa assegurar a legalidade e a humanidade das práticas disciplinares sancionadoras estabelecendo um contexto normativo que, suplementadas pelas legislações locais (no caso do estado de Minas Gerais com o a LEP-MG e, principalmente, com o ReNP-MG), limita: as condutas proibidas com a tipificação das faltas disciplinares, o procedimento de apuração e julgamento dos eventuais desvios, e as formas de punição ao delimitar as formas de sanção disciplinar. Nesse sentido, a LEP e o ReNP-MG são taxativos ao assegurar o princípio da reserva legal e da anterioridade aplicado a definição dos tipos de falta e sanção disciplinar (art. 45, *caput* da LEP[212] e art. 649 do ReNP-MG[213]), além de reforçar expressamente a garantia da integridade física e moral (psíquica) dos indivíduos submetidos ao aparelho disciplinar (art. 45, § 1º da LEP[214] e art. 623 do ReNP-MG[215]) e a proibição do emprego de "punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura" (art. 650 do ReNP-MG[216]) nesse meio; tanto por essa formulação geral, quanto pela vedação específica de algumas práticas notoriamente contrárias ao princípio da humanidade experimentadas pela prática disciplinar prisional, como: os castigos corporais, as sanções coletivas, e as clausura em cela escura (art. 45, §§ 2º e 3º da LEP[217] e art. 650 do ReNP-MG).

---

apropriada a suas necessidades. 3. A administração prisional deve exibir, com destaque, informativos nas áreas de trânsito comum da unidade prisional.

[212] LEP – Art. 45: Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. [...]

[213] ReNP-MG – Art. 649: Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

[214] LEP – Art. 45: [...] § 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. [...]

[215] ReNP-MG – Art. 623: Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, do preso provisório e ao submetido à medida de segurança ou monitoração eletrônica.

[216] ReNP-MG – Art. 650: São proibidos, como sanções disciplinares, os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura.

[217] LEP – Art. 45: [...] § 2º É vedado o emprego de cela escura. § 3º São vedadas as sanções coletivas. [...]

Nessa parte do texto, busca-se estabelecer o conteúdo e os limites postos pelo conjunto normativo que compõe a mecânica de coerção disciplinar empregada pelo regime disciplinar prisional no estado de Minas Gerais, pontuando, respectivamente, as faltas disciplinares aplicadas nesse âmbito, as sanções disciplinares impostas aos casos de indisciplina e as formas e regras do processo administrativo disciplinar prisional, que apura e julga os eventuais desvios à norma.

2.2.1 As Faltas Disciplinares Aplicadas no Estado de Minas Gerais

O modelo disciplinar prisional posto pressupõe, ante a imposição do princípio da reserva legal e da anterioridade da norma, a definição prévia e formal de todas as condutas que, nocivas às funções e objetivos da execução penal e/ou a manutenção da ordem, da disciplina e da segurança, são proibidas e ensejam a reprovação do sistema disciplinar por meio das sanções disciplinares típicas. Essas condutas proibidas são as denominadas faltas disciplinares e o conjunto delas define, de forma negativa, a base comportamental esperada e exigida dos sujeitos pelo regime disciplinar. É nesse sentido, que o art. 635 do ReNP-MG estabelece que: "São faltas disciplinares todas as ações e omissões que infrinjam este Regulamento".

O conjunto de faltas disciplinares aplicadas é definido pela soma das faltas graves determinadas pela LEP, com as faltas estabelecidas pela legislação local, no exercício da competência suplementar disposta no art. 24, I da CRFB/88. No caso de Minas Gerais, o ReNP-MG, avocando essa competência suplementar, é o instrumento normativo que complementa a LEP e define as faltas disciplinares usualmente aplicadas[218]. Desta forma, as faltas disciplinares impostas pelo sistema disciplinar prisional do estado de Minas Gerais estão dispostas na LEP e no ReNP-MG, que serão descritas a seguir. Antes, contudo, deve-se pontuar que as faltas disciplinares, nos termos do art. 49 da LEP[219] e art. 639 do ReNP-MG[220],

[218] Conforme pontuado, a LEP-MG, apesar de apresentar em seu art. 142 alguns tipos de infrações disciplinares, não os associou ao sistema de gradações de falta da LEP, definindo um único bloco de condutas proibidas que, por não se encaixarem ao sistema disciplinar proposto pela LEP (norma geral) e pela existência de normativo que completa essa função, o ReNP-MG e antes dele os demais regulamentos disciplinares prisionais editados (o REDIPRI-MG e o REDIPEN), acaba não tendo peso sobre as imposições disciplinares aplicadas no estado de Minas Gerais.

[219] LEP – Art. 49: As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

[220] ReNP-MG – Art. 639: As faltas disciplinares, segundo sua natureza, classificam-se em leves, médias e graves.

são graduadas em três níveis distintos: faltas graves, faltas médias, e faltas leves; que tem seu grau de nocividade e reprovabilidade indicado pelo adjetivo que a classifica.

Indica-se em seguida os tipos de faltas disciplinares que atualmente regulamentam o sistema disciplinar prisional de Minas Gerais.

2.2.1.1 Faltas Disciplinares Graves

As faltas disciplinares graves aplicadas aos indivíduos sujeitos ao aparelho de coerção disciplinar da execução penal estão definidas:

a) No art. 50 da LEP, que define as faltas restritas aos sujeitos em privação de liberdade;

> LEP – Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
> I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
> II - fugir;
> III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
> IV - provocar acidente de trabalho;
> V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
> VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do 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

b) No art. 51 da LEP, que estabelece as faltas aplicadas aos indivíduos que cumprem pena restritiva de direitos;

> Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:
> 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.

c) Na primeira parte do art. 52 da LEP, que determina a repercussão disciplinar da prática de fato previsto como crime doloso, independente do âmbito de vivência do sujeito;

> 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, com as seguintes características: [...]

d) No art. 642 do ReNP-MG, que basicamente replica o que está disposto no art. 50 e 52 da LEP, alterando um pouco a redação estabelecida pela LEP e amplia seus termos para além dos casos de pena privativa de liberdade.

> ReNP-MG – Art. 642. São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes:
> I - praticar ato constitutivo de crime doloso;
> II - incitar movimento de subversão da ordem ou da disciplina, ou dele participar;
> III - fugir;
> IV – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
> V - provocar acidente de trabalho;
> VI - descumprir, em regime aberto, as condições prescritas e as normas impostas;
> VII – desobedecer ao servidor e desrespeitar a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
> VIII – recusar a execução de trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; e
> IX – ter consigo, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

2.2.1.2 Faltas Disciplinares Médias

As faltas médias aplicadas em Minas Gerais estão definidas apenas por dispositivos do ReNP-MG, que em seu art. 641 estabelece 19 tipos de faltas disciplinares médias, o que atualmente faz das faltas médias a gradação de falta com o maior número de tipos proibidos diferentes. Segue o referido artigo *in verbis*:

> ReNP-MG – Art. 641. São consideradas faltas disciplinares médias as seguintes:
> I - praticar ato constitutivo de crime culposo ou contravenção penal;
> II – descumprir as normas do Sistema Prisional ou as normas internas da Unidade Prisional, devidamente homologadas pela Subsecretaria de Administração Prisional, desde que tenha sido dado prévio conhecimento ao preso;
> III - impedir, retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente qualquer procedimento;
> IV – receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos ou instrumentos que, embora inofensivos, assemelhem-se em aparência a objetos ou instrumentos que possam ofender a integridade física de outrem ou atentar contra a segurança da Unidade Prisional;
> V – utilizar meios escusos para envio de correspondência;
> VI - manter comunicação proibida, quando no cumprimento de sanção disciplinar;
> VII - fabricar, portar, possuir, ingerir ou fornecer bebida alcoólica ou qualquer tipo de substâncias entorpecentes que não configure drogas ilícitas;
> VIII – utilizar medicamento não prescrito ou, quando prescrito, de forma indevida;
> IX- ter consigo, guardar ou entregar qualquer quantia em dinheiro;
> X- comercializar, dentro da Unidade Prisional, qualquer tipo de material ou objeto;
> XI - entregar ou receber objeto de qualquer natureza sem a devida autorização;
> XII - trocar, entrar ou permanecer em outra cela sem autorização;
> XIII – simular doença ou estado de precariedade física para obter algum tipo de vantagem;
> XIV - reter ou permitir a permanência de visita além do horário fixado;
> XV - descuidar da higiene das dependências da Unidade Prisional ou jogar no pátio, no corredor, na cela ou no alojamento objetos ou substâncias de qualquer natureza;
> XVI - descumprir, em regime semiaberto, bem como no gozo de benefício de trabalho externo e saída temporária, as condições prescritas e as normas impostas;
> XVII - desobedecer à prescrição médica ou recusar o tratamento necessário quando houver risco de morte, perigo de contágio ou qualquer risco à saúde dos demais presos e servidores da Unidade Prisional, desde que não constitua crime doloso;
> XVIII - Deixar de usar o uniforme; e
> XIX – Nos casos de monitoração eletrônica, descumprir as instruções contidas no documento de acolhida no ato da admissão.

2.2.1.3 Faltas Disciplinares Leves

As faltas leves, assim como as médias, também só estão previstas no ReNP-MG, mas, ao contrário da anterior, é a gradação de falta com o menor número de tipos disciplinares; apresentando apenas 06 tipos de falta leve. Segue avante a transcrição do referido artigo:

> ReNP-MG – Art. 640. São consideradas faltas disciplinares leves as seguintes:
> I - utilizar bem material, ferramenta ou utensílio da Unidade Prisional sem a devida autorização;
> II - transitar pelas dependências da Unidade Prisional desobedecendo às normas estabelecidas;
> III - retirar a atenção de outros presos, propositadamente, durante estudo ou quaisquer outras atividades;
> IV - descuidar da higiene pessoal;
> V - estar indevidamente trajado;
> VI – estender, lavar ou secar roupa em local não permitido.
> Parágrafo único. Na reincidência, em 03 (três) ou mais faltas leves, o Conselho Disciplinar apreciará e julgará a possibilidade de aplicação de 01 (um) a 10 (dez) dias de isolamento, observado o prazo previsto no artigo 659 deste Regulamento

Indicadas as faltas disciplinares aplicadas pelo regime disciplinar prisional imposto no estado de Minas Gerais, passa-se agora a exposição das sanções disciplinares consequentes a elas.

2.2.2 As Sanções Disciplinares Aplicadas no Estado de Minas Gerais

No reforço negativo da adequação comportamental, posto pelo sistema de coerção disciplinar, a sanção disciplinar cumpre o derradeiro papel normalizante sobre o indivíduo que desvia aos padrões estabelecidos como normais/certos/adequados, violando assim a ordem, a disciplina e a segurança. Para cumprir essa função é organizado o conjunto de sanções disciplinares que, ante eventuais faltas disciplinares, asseguram que essas recebam como resposta ao descumprimento da norma, sofrimentos que tem como função primeva a prevenção de novas faltas e a correção do comportamento do indivíduo; ao incutir sobre ele o respeito à norma através do temor à sanção consequente em caso de descumprimento. Nesse sentido, segundo o disposto no primeiro capítulo desse trabalho, que é confirmado pelo o art. 648 do ReNP-MG, a sanção disciplinar tem função normalizante de cunho defensivista e corretivo, final, conforme dispõe o artigo mencionado: “a sanção disciplinar objetiva preservar a disciplina e tem caráter preventivo e educativo”.

As funções dispostas acima não são, todavia, sem limites, sendo importante lembrar que as sanções disciplinares, assim como as faltas disciplinares, estão sujeitas aos preceitos e

valores do estado de direitos, especialmente ao princípio da reserva legal, da anterioridade e da humanidade.

Segundo o art. 53 da LEP[221] e art. 651 do ReNP-MG[222], constituem faltas disciplinares aplicáveis ao sistema de coerção disciplinar imposto no estado de Minas Gerais:

I) a advertência verbal;
II) a repreensão;
III) a suspensão ou restrição de direitos;
IV) o isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo;
V) a inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Como pontudo anteriormente, quando se analisou a distribuição do poder disciplinar prisional, a aplicação das sanções disciplinares é de competência privativa do diretor da unidade prisional, com exceção da sanção de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), de competência exclusiva do poder jurisdicional. Trata-se em seguida, brevemente, de cada uma das espécies de sanção disciplinar indicadas antes, cuidando de destacar o seu conteúdo e o tipo de falta que ela corresponde. Antes conduto, impende-se destacar que essas sanções não são as únicas aplicadas no âmbito administrativo, pois além delas correm também as sanções administrativas que, por se relacionarem à concessão de recompensas, podem ser aplicadas tanto de forma conjunta às sanções disciplinares típicas, quanto de forma autônoma, a fim de controlar indisciplinas ou comportamentos errantes não necessariamente típicos. Essa última possibilidade advém do fato de que a concessão de regalias está condicionada ao comportamento adequado/desejado, descumprindo essa medida, pode a administração retirar o que concedeu. Nesse sentido, são sanções administrativas, segundo o art. 654 do ReNP-MG[223]:

---

[221] LEP – Art. 53: Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei; V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

[222] ReNP-MG – Art. 651: Aplicam-se aos presos infratores as seguintes sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos – vide artigo 627, parágrafo único, deste Regulamento; IV - isolamento na própria cela ou, quando se tratar de preso que esteja em cela coletiva, em local adequado, respeitadas as possibilidades das Unidades Prisionais, dadas as características físicas de cada uma; e V - inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme disposição legal.

[223] ReNP-MG - Art. 654: Consideram-se sanções administrativas que podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente com as sanções previstas no artigo 651 deste Regulamento: I - perda ou suspensão de regalias, conforme disposições deste Regulamento; II - suspensão de visitas concedidas em caráter de regalias; e III -

I - perda ou suspensão de regalias, conforme disposições deste Regulamento;

II - suspensão de visitas concedidas em caráter de regalias; e

III - retenção de objetos.

O tema será mais bem trabalhado quando da análise dos benefícios como reforço positivo da disciplina. Pontuado isso, retoma-se o desenvolvimento das sanções disciplinares típicas ao modelo coercitivo de disciplinamento prisional.

2.2.2.1 Advertência verbal

A advertência verbal consiste na realização de admoestação do indivíduo faltoso feita oralmente pelo diretor ou funcionário designado (sob ordens do diretor). Essa sanção disciplinar é considerada a mais branda dentre as elencadas e se destina, conforme predileciona o art. 670, I do ReNP-MG[224], a reprimenda das faltas leves. Importante destacar que, apesar da censura imposta por ele ocorrer de forma falada, as advertências verbais são, como todas as demais sanções disciplinares, registradas no prontuário, na ficha disciplinar e no Sistema de Informações Penitenciárias – INFOPEN – do indivíduo e servem de referência para a aferição de sua conduta quando necessário.

Não existe na LEP ou no ReNP-MG maiores detalhes de como a advertência verbal deve ser realizada, mas certamente, pelo imperativo do princípio de humanidade, ela não pode dar azo a situação aviltante, degradante ou cruel. O ideal seria que ela corresse como uma conversa na qual se explicasse ao preso os motivos daquela sanção, as consequências mediatas e imediatas dela, e os possíveis efeitos em caso de reiterado comportamento indisciplinado.

2.2.2.2 Repreensão

A repreensão consiste na realização de admoestação escrita do indivíduo faltoso, diferindo da anterior somente no que diz respeito ao meio pelo qual ela é realizada e na importância atribuída a ela, sendo considerada sanção mais rígida que a advertência verbal. Todavia, não obstante seja feita essa diferenciação de gravidade entre as duas, a repreensão

---

retenção de objetos. Parágrafo único. Os objetos retidos em virtude de sanção disciplinar, que não forem restituídos, deverão ficar à disposição para a família, conforme regulamentação da Subsecretaria de Administração Prisional.

[224] ReNP-MG - Art. 670. São sanções disciplinares leves: I - advertência verbal; [...]

serve a sancionar a mesma gradação de falta disciplinar que a advertência verbal: as faltas leves; como indica o art. 670, II do ReNP-MG[225].

Ademais, também não existe nada na LEP nem no ReNP-MG que especifiquem o conteúdo ou um modelo de como essa repreensão deve ocorrer, cabendo a cada unidade administrativa encarregada de aplicar a disciplina prisional elaborar o documento da forma que entenderem melhor. Dada a similitude indica-se a repreensão a mesma atenção ao princípio de humanidade.

2.2.2.3 Suspensão ou restrição de direitos

A terceira sanção disciplinar prevista, a suspensão ou restrição de direitos, tem denominação autoexplicativa, consistindo em previsão que relativiza alguns direitos prisionais específicos (não todos), permitindo a limitação ao gozo desses pelo prazo máximo de 30 dias consecutivos (art. 58 da LEP[226] e art. 659 do ReNP-MG[227]). A indicação dos direitos que podem ser suspensos ou restritos por essa sanção é posta pelo art. 41, parágrafo único da LEP[228] e pelo art. 627, parágrafo único do ReNP-MG[229], esses dispositivos, todavia, prevêem a possibilidade de suspensão ou restrição de alguns direitos prisionais específicos diferente.

A LEP determina que os direitos dispostos nos incisos V, X e XV do seu art. 41 podem ser suspensos ou restritos, por ato motivado do diretor do estabelecimento, como forma de sanção disciplinar; são eles, respectivamente:

a) O direito à "proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação" (art. 41, V), sobre o qual destacam-se as palavras de J. F. Mirabete (2000, p. 144):

> A rigor, tal sanção limita-se à suspensão ou restrição do tempo de recreação do condenado, já que não lhe pode ser subtraído o prazo para descanso, sob pena de pôr-se me risco a sua saúde. Ademais,o trabalho penitenciário não pode ser superior a oito horas diárias, mesmo que o condenado esteja sujeito a horário especial. De

[225] ReNP-MG - Art. 670: São sanções disciplinares leves: [...] II - repreensão.
[226] LEP –Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.
[227] ReNP-MG - Art. 659: O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias, ressalvada a hipótese do Regime Disciplinar Diferenciado.
[228] LEP – 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.
[229] ReNP-MG – Art. 627: Constituem direitos do preso: [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, IX e XVI deste artigo poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do Diretor Geral, ouvido o Conselho Disciplinar, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, devendo ser a decisão informada ao Juiz de Execução.

> outro lado, a suspensão ou restrição do tempo de trabalho do preso evidentemente não pode ser considerada sanção disciplinar.

b) O direito à "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados" (art. 41, X), cuja suspensão ou restrição objetiva privar o indivíduo do contato com seus entes queridos (cônjuge, companheira, filhos, pais, amigos e outros parentes), oportunidade em que ele tem o contato mais direto possível com o mundo extramuros, vivencia situações de afeto tão incomuns ao violento meio prisional e costuma ser a oportunidade em que recebe da família alguns bens extras a sua subsistência (comida, materiais de higiene, etc.), sendo o momento de visita o de maior alívio aos sofrimentos impostos pelas periclitantes condições da privação de liberdade. Nessas condições é o direito que os indivíduos em privação de liberdade mais têm receio de perder.

c) O direito ao "contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes"[230] (art. 41, XV), que visa, em sua suspensão ou restrição, limitar a comunicação do réu com o mundo exterior apresentando um efeito muito próximo ao da restrição do direito de visita alienando o indivíduo da realidade extramuros, podendo limitar o acesso à informação tanto de cunho geral, quanto familiar.

Em continuidade, o ReNP-MG, também trás disposição nesse sentido (art. 627, parágrafo único[231]), permitindo a suspensão e a restrição de três direitos, mas o rol desses direitos é alterado em dois itens em comparação a LEP, permanecendo a possibilidade de restrição do direito de "ser visitado por seu cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias determinados e em conformidade com que estabelece este Regulamento" (art. 627, IX), e substituindo os demais pela possibilidade de suspensão e restrição:

---

[230] Sobre essa condição de que os meios de comunicação não comprometam a moral e os costumes, vale o destaque do posicionamento de R. D. E. Roig (2017, p.132): "Merece crítica, contudo, a exigência (contida na parte final do inciso XV) de que os meios de informação não comprometam a 'moral' e os 'bons costumes', dispositivo este inconstitucional por violação de diversos princípios. Fere a legalidade ao prever expressões vagas e indeterminadas, que causam insegurança jurídica às pessoas presas. Atenta contra a lesividade e secularização, ao conectar o *status* jurídico do preso à satisfação de pautas de conteúdo moral, restringindo direitos sem a ocorrência de atos ofensivos concretos. Desvirtua o pluralismo, pois elege determinados padrões morais e valores como corretos, adotando uma visão maniqueísta da sociedade e punindo a diversidade. Desrespeita a humanidade, retirando das pessoas presas (sem autorização constitucional) o acesso à leitura e a outros meios de informação que em vida livre são permitidos a maiores de idade. Transgride, enfim, a própria intimidade, ao legitimar ingerências na esfera privada das pessoas presas."

[231] ReNP-MG – Art. 627: Constituem direitos do preso: [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, IX e XVI deste artigo poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do Diretor Geral, ouvido o Conselho Disciplinar, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, devendo ser a decisão informada ao Juiz de Execução.

d) Do direito de "exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena" (art. 627, V), que tem objetivo muito próximo da restrição indicada na letra "a" das restrições e suspensões da LEP, que é a restrição e suspensão de atividades de recreação que distraem o preso da sua realidade de sofrimentos. Impende-se destacar, ante o conjunto de atividades descritas pelo tipo, que não se pode depreender dessa, por diversos motivos, a possibilidade de restrição ou suspensão do trabalho do indivíduo, entre eles o fato do direito à atribuição de trabalho ter dispositivo próprio dentre os direitos prisionais específicos (art. 41, II da LEP[232]); o que tira a hipótese de afetação do trabalho prisional do âmbito de legalidade da sanção disciplinar ora trabalhada, pois está restrita às hipóteses pré-estabelecidas; e pelo simples motivo de que não faz sentido que o trabalho, elemento tão importante ao tratamento prisional, seja restrito a título de sanção disciplinar normalizadora se ele mesmo já é imposto com essa função.

e) Do direito à saída diária da cela para banho de sol por no mínimo 02 (duas) horas (art. 627, XVI), que visa precipuamente retirar do preso momentos de maior liberdade de movimento e de socialização com os demais presos. Essa suspensão ou restrição demanda cuidado, pois envolve uma necessidade biológica do indivíduo, que precisa do sol, por exemplo, para sintetizar vitamina D.

Combinando todo o exposto, tem-se no estado de Minas Gerais, a possibilidade de suspensão ou limitação de cinco direitos prisionais específicos.

Por fim, deve-se destacar que, nos termos do art. 671, I do ReNP-MG[233], a suspensão ou restrição de direitos é considerada como uma sanção média, que deve ser aplicada às faltas médias. Na gradação das sanções disciplinares, a suspensão ou restrição de direitos é a falta de gravidade intermediária, representando um sofrimento muito maior do que as já mencionadas (advertência verbal e repreensão), mas ainda mais branda que as duas que estão por vir.

2.2.2.4 Isolamento celular

A quarta sanção disciplinar posta ao sistema de coerção disciplinar consiste na imposição da sanção disciplinar de isolamento do indivíduo na própria cela, ou em local adequado. Essa sanção, a mais grave dentre as dispostas ao poder disciplinar autônomo da

[232] LEP – Art. 44: Constituem direitos do preso: [...] II - atribuição de trabalho e sua remuneração; [...]
[233] ReNP-MG - Art. 671: Consideram-se sanções disciplinares médias: I - suspensão ou restrição de direitos; [...]

administração prisional (o RDD é competência exclusiva do juiz de direito), pode ser aplicada: tanto para repreender faltas médias, nos termos do art. 671, II do ReNP-MG[234], em que o isolamento deve ser aplicado por um período mínimo de 10 (dez) dias e máximo de 20 (vinte) dias, hipótese em que é considerada uma sanção disciplinar média; quanto para a censurar faltas graves, conforme indica o art. 672, I do ReNP-MG[235], que estabelece sua imposição por período mínimo de 21 (vinte e um) dias e máximo de 30 (trinta) dias, sendo considerada nesse caso sanção disciplinar grave. Ademais, nas duas situações aventadas o isolamento pode correr de forma cumulada com a suspensão ou restrição de direitos pelo mesmo período que perdurar o isolamento.

Interessante destacar que, além da sanção disciplinar das faltas médias e graves, também é possível a aplicação de isolamento como sanção disciplinar de faltas leves, entretanto, essa possibilidade está restrita aos casos em que o indivíduo reincide por três ou mais vezes em falta leves, situação em que "o Conselho Disciplinar apreciará e julgará a possibilidade de aplicação de 01 (um) a 10 (dez) dias de isolamento" conforme estabelece o art. 640, parágrafo único do ReNP-MG[236].

A sanção ora analisada deve ocorrer preferencialmente com o isolamento do indivíduo na própria cela ou, não sendo possível essa opção, deve o indivíduo ser isolado em cela da unidade destinada propriamente ao cumprimento da sanção ou não havendo essa, em qualquer outra cela da unidade que apresente as condições necessárias ao isolamento e a existência humana digna; devendo ter, conforme preceitua o art. 653 do ReNP-MG[237]: "as mesmas condições das celas comuns, com higiene, aeração e iluminação satisfatórias, bem como a assistência material". A opção do isolamento na própria cela, todavia, só é viável nas unidades em que os indivíduos são alojados em celas individuais; o que deveria ser a regra nas unidades penitenciárias (art. 88 da LEP[238]), mas que, em razão da situação calamitosa de superlotação das unidades prisional em que se observa um enorme déficit de vagas, é cada vez

---

[234] ReNP-MG - Art. 671: Consideram-se sanções disciplinares médias: [...] II - isolamento na própria cela ou local adequado por um período mínimo de 10 (dez) dias até 20 (vinte) dias, cumulado com a suspensão ou restrição de direitos por igual período.

[235] ReNP-MG - Art. 672: Consideram-se sanções disciplinares graves: I - O isolamento na própria cela, ou em local adequado, por período mínimo de 21 (vinte e um) dias até 30 (trinta) dias, cumulado com a suspensão ou restrição de direitos por igual período; [...]

[236] ReNP-MG – Art. 640: São consideradas faltas disciplinares leves as seguintes: [...] Parágrafo único. Na reincidência, em 03 (três) ou mais faltas leves, o Conselho Disciplinar apreciará e julgará a possibilidade de aplicação de 01 (um) a 10 (dez) dias de isolamento, observado o prazo previsto no artigo 659 deste Regulamento.

[237] ReNP-MG – Art. 653: A Unidade Prisional que não possuir cela própria para o cumprimento da sanção deverá providenciar uma cela de isolamento que deverá ter as mesmas condições das celas comuns, com higiene, aeração e iluminação satisfatórias, bem como a assistência material.

mais difícil de ser efetivada, existindo poucas unidades que conseguem cumprir essa diretriz; como essa não é uma realidade comum as unidades prisionais de todo o país, os indivíduos usualmente são isolamento em cela da unidade destinada propriamente ao cumprimento da sanção.

Como sanção disciplinar, o isolamento busca cumprir suas funções infligindo sobre o individuo uma série de restrições que colocam em questão a humanidade dessa medida, pois o indivíduo, por consideráveis períodos de tempo: tem sua existência restrita ao pequeno espaço da cela (restrição de locomoção); é afastado do convívio social intramuros, uma vez que a sua condição de isolamento não permite que ele participe das atividades de recreação ou frequente as áreas de convivência comum da unidade; é afastado de suas atividades laborais; tem o contato com a realidade extramuros obstado, sendo proibido de receber visitas ou de se comunicar diretamente como seus familiares e amigos, além de ter limitado o acesso a informação por meio de jornais, revistas, rádio, televisão, livros e etc.; e ainda, ante todas essas limitações, o indivíduo fica sem ter com o que ocupar a mente enquanto cumpre o castigo, o que alonga a percepção do tempo e o sofrimento imposto. Nesse termos, o isolamento atinge o corpo e a mente do preso, restringe sua movimentação corporal a um espaço mínimo e o isola do tão essencial contato humano, o que pode apresentar efeitos deletérios sobre a saúde física e mental da pessoa. Nesse sentido, o disposto no art. 665 do ReNP-MG[239] (de forma indireta) e o art. 145 da LEP-MG[240] (de forma direta), é providencial a garantia do estado de saúde física e mental do indivíduo recluso, uma vez que o controle diário do sentenciado em isolamento por um médico assegura a assistência necessária para que a medida corra da forma mais sadia possível ou que, nos casos em que represente um risco ao preso, ela possa ser obstada antes que cause um dano maior ao preso. No mais, a proibição de isolamento da "[...] sentenciada gestante, até seis meses após o parto, e à sentenciada que trouxer filho consigo" (art. 147 da LEP-MG[241]), reconhece a situação de vulnerabilidade da gestante e da lactante objetivando proibição que visa assegurar tanto a saúde da mãe, quanto a do feto ou do recém nascido, além de assegurar a participação da mãe na formação da criança, quando estiver junto à mãe; protegendo também a criança e a mãe de

---

[238] LEP – Art. 88: O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório

[239] ReNP-MG – Art. 665: A execução da sanção disciplinar será suspensa por motivo de saúde quando o órgão médico do Sistema Prisional assim o aconselhar, em parecer acolhido pelo Diretor Geral da Unidade Prisional

[240] LEP-MG – Art. 145: O isolamento do sentenciado se cumprirá com o controle do médico do estabelecimento, que o visitará diariamente, informando o Diretor sobre seu estado de saúde física e mental.

[241] LEP-MG – Art. 147: Não se aplicará o isolamento à sentenciada gestante, até 6 (seis) meses após o parto, e à sentenciada que trouxer filho consigo

longos períodos de distanciamento, mesmo estando na mesma unidade, o que causaria grande sofrimento aos dois lados.

Ademais, outras garantias são expressamente asseguradas ao indivíduo isolado, dentre elas: o direito de continuar frequentando a escola, o que inclui o ensino fundamental, médio, profissionalizante, e universitário (art. 666, *caput* do ReNP-MG[242]); o direito ao banho de sol, nas condições estabelecidas pelo art. 666, parágrafo único do ReNP-MG[243]; e a proibição de total incomunicabilidade do indivíduo durante o isolamento, não podendo ser o preso impedido de se comunicar com seu advogado[244], com o diretor da unidade, médicos e etc., em razão do disposto no art. 669 do ReNP-MG[245].

O isolamento é situação de extrema restrição, mas não pode significar situação de exceção de direitos, devendo ser assegurado ao preso os direitos (gerais e específicos a relação prisional) que não são afetados pela sanção. Ou seja, todos os direitos possíveis a pessoa presa que não cumpre sanção disciplinar, com exceção daqueles cinco direitos alienados pela sanção disciplinar de suspensão e restrição de direitos (resumidamente: direito à proporcionalidade na distribuição do tempo, à receber visita, ao contato com o mundo exterior, ao exercício de atividades recreativas e ao banho de sol), que também são restringidos pela sanção de isolamento (Art. 669, parágrafo único do ReNP-MG[246]).

2.2.2.5 O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

Por fim, dentre as sanções disciplinares indicadas, tem-se ainda o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O instituto, conforme narrativa de S. de Carvalho e C. R. Freire (2007, p. 272-276), tem como base modelo imposto pela Secretaria da Administração Penitenciária do estado de São Paulo (SAP/SP) em 2001, quando essa editou a Resolução SAP/SP 26 prevendo a aplicação de regime disciplinar diferenciado em 05 unidades prisionais daquele Estado, objetivando impor disciplina mais rígida e contingente "[...] aos lideres e integrantes de

---

[242] ReNP-MG - Art. 666: Será garantido ao preso, na execução de sanção disciplinar de isolamento, o direito de ir à escola, desde que a sanção disciplinar de isolamento não tenha vínculo com a atividade educacional em que o mesmo estiver regularmente matriculado. [...]

[243] ReNP-MG - Art. 666: [...] Parágrafo Único Será assegurado ao preso, na execução de sanção disciplinar de isolamento, o banho de sol após o cumprimento de, no mínimo, um terço da sanção, fato condicionado ao seu bom comportamento e a critério do Diretor Geral. [...]

[244] A comunicabilidade do advogado com seu cliente ainda que considerados incomunicáveis é, inclusive, direito assegurado no art. 7,III da Lei nº 8.906/94.

[245] ReNP-MG - Art. 669: É vedada a total incomunicabilidade do custodiado durante o isolamento. [...]

[246] ReNP-MG - Art. 669: [...] Parágrafo único. Durante o isolamento são garantidos todos os direitos, ressalvado o disposto no artigo 624, parágrafo único, deste Regulamento.

facções criminosas e aos presos cujo comportamento exigisse tratamento de contenção". A medida, explica os autores, foi imposta na tentativa de assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional do estado de São Paulo que, desde o início daquele ano corrente, sofria com o caos de uma *megarrebelião* orquestrada por grupos criminosos organizados em resposta à transferência dos principais líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC) para locais distantes da capital. Após dois anos dessa experiência do RDD em São Paulo, que no ano seguinte a sua implementação também foi aplicada no estado do Rio de Janeiro, e o grande envolvimento midiático que vendeu o instituto sob o voto de contenção da criminalidade organizada dentro das unidades prisionais, o instituto foi universalizado com a sua incorporação ao sistema disciplinar da LEP pela Lei nº 10.729/2003.

Hoje, elencado dentre as sanções disciplinares típicas, o princípio é amplamente criticado em função do tratamento cruel imposto por seus termos de isolamento[247], como o objetivo posto a esse capítulo é a análise tão somente do sistema de disciplina, não se entrará mais profundamente nessa discussão, bastando destacar lição de R. D. E. Roig (2005, p. 157):

> As críticas ferozes ao Regime Disciplinar Diferenciado apontam para a sua insustentabilidade no atual Estado Democrático de Direito, que deve libertar-se dos discursos alarmistas e periculosistas, típicos de regimes de exceção. Não mais subsistiria o isolamento absoluto de um indivíduo, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da secularização e da presunção de inocência.

A imposição do RDD, nos termos do art. 52 da LEP[248] e do art. 655 do ReNP-MG[249], pode ser aplicado ao condenado e ao preso provisório em duas modalidades.

---

[247] "[...] o regime disciplinar diferenciado — prevendo isolamento celular de 360 dias, prorrogável por igual período — comina punição cruel e desumana e, portanto, inaplicável no Brasil. Na realidade, esse tipo de regime, que constitui verdadeira sanção criminal, promove a destruição moral, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis." (BITENCOURT, 2012, p. 37)

[248] LEP – 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, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

[249] ReNP-MG - Art. 655: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave quando ocasionar subversão da ordem ou da disciplina interna e sujeita o preso provisório ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um

A primeira delas, denominada pela doutrina de *RDD punitivo*, é aplicado quando o recluso pratica fato previsto como crime doloso, que por sua natureza, meios ou consequências "ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna" (art. 52, *caput* da LEP[250] e art. 655, *caput* do ReNP-MG[251]). A prática de ato previsto como crime doloso é considerado pelos artigos supracitados como falta disciplinar grave e enseja a apuração administrativa da falta, além de ser imediatamente notificada a autoridade prisional para que cumpra com a repercussão penal da conduta, sendo que a repercussão do fato na execução penal não traz prejuízos à sanção penal. Cumprido o procedimento administrativo disciplinar e tendo ele concluído pela ocorrência da falta disciplinar e a possibilidade/necessidade de inclusão do recluso em Regime Disciplinar Diferenciado a título de sanção disciplinar grave (art. 672, II do ReNP-MG[252]), prevê o art. 54, § 1º da LEP[253] que a autoridade administrativa[254] deve elaborar e enviar ao juiz competente requerimento circunstanciado solicitando a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado. Recebido o requerimento o juiz deve necessariamente assegurar o contraditório do ato e comunicar ao Ministério Público e a defesa do recluso que manifestem sobre o pedido, para que, logo em seguida, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, exare a sua decisão (art. 54, § 2º da LEP[255]). Essa decisão, conforme dispõe o art. 54 *caput* da LEP[256], deve ser fundamentada, cabendo a ela determinar

---

sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; e IV - o preso terá direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol. § 1º O Regime Disciplinar Diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e para a segurança da Unidade Prisional ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando.

[250] LEP – 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, com as seguintes características:

[251] ReNP-MG - Art. 655: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave quando ocasionar subversão da ordem ou da disciplina interna e sujeita o preso provisório ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado com as seguintes características: [...]

[252] ReNP-MG - Art. 672: Consideram-se sanções disciplinares graves: [...] II - Inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, conforme previsto neste Regulamento e na legislação em vigor.

[253] LEP – art. 54: [...] § 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. [...]

[254] São autoridades administrativas competentes para o ato, nos termos do art. 54, §1º da LEP e art. 652, parágrafo único do ReNP-MG: o diretor geral da unidade prisional em que se encontra o preso e a Superintendências de Segurança Prisional e de Articulação Institucional e Gestão de Vagas ou da Subsecretaria de Administração Prisional.

[255] LEP – art. 54: [...] § 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. [...]

[256] LEP – art. 54: As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

o tempo de duração da sanção dentro do limites posto pelo art. 52, I da LEP[257] e art. 655, I do ReNP-MG[258]: "duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada". Não custa reforçar que a aplicação de RDD ao preso, tanto nessa hipótese quanto nas seguintes, é de competência exclusiva do juiz competente, e só pode ser aplicada após prévia e fundada decisão desse (art. 54 da LEP e art. 652 do ReNP-MG).

A segunda modalidade, que recebeu da doutrina o nome de *RDD cautelar*, é aplicada aos reclusos que "apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" (art. 52, § 1º da LEP[259] e art. 655, § 1º do ReNP-MG[260]), ou quando recaírem sobre o recluso "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando" (art. 52, § 2º da LEP[261] e art. 655, § 2º do ReNP-MG[262]). Essas hipóteses, como se pode perceber da sua simples leitura, não envolvem necessariamente, como a anterior, episódio ou efetiva postura de indisciplina do recluso, bastando para a imposição da medida completar as características e condições estabelecidas. Nesse sentido, a medida não é consequência da imposição de sanção disciplinar normalizadora, mas, de fato, da mera instituição de um aparato de contenção de pessoas consideradas, por suas próprias condições ou relações, perigosas. Nessa configuração, há quem compreenda que a imposição dessa medida independeria de processo administrativo disciplinar prévio ou até mesmo da intervenção da administração prisional requerendo a medida, sendo ela originária do poder especial de cautela do órgão jurisdicional, que, prescinde até mesmo de manifestação da Defesa ou do Ministério Público ante seu caráter de urgência e suposto perigo eminente (ROIG, 2017, p. 256)[263]. O prazo de duração da medida seque os mesmos termos definidos ao RDD punitivo.

---

[257] LEP – Art. 52 : [...] I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; [...]

[258] ReNP-MG - Art. 655: [...] I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; [...]

[259] LEP – Art. 52: [...] § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. [...]

[260] ReNP-MG - Art. 655: [...]§ 1º O Regime Disciplinar Diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e para a segurança da Unidade Prisional ou da sociedade. [...]

[261] LEP – Art. 52: [...] § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. [...]

[262] ReNP-MG - Art. 655: [...]§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bando. [...]

[263] Posicionando-se sobre o tema R. D. E. Roig (2017, p. 256) assim diz: "Salvo melhor juízo, se não corretamente entendido como inconstitucional e anticonvencional (por violação da legalidade e presunção de

Independentemente de qual modalidade ele se origina o RDD impõe ao recluso as mesmas restrições e termos, indicadas pelos artigos do art. 52 da LEP[264] e do art. 655 do ReNP-MG[265], quais seja: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; e IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

No mais, o seu cumprimento geralmente importa na transferência do preso para outra unidade prisional, já que são poucas as unidades que comportam a aplicação desse regime, o que pode incrementar mais um sofrimento à lista, a distância da família e amigos.

2.2.3 O procedimento administrativo disciplinar prisional aplicado no Estado de Minas Gerais

Da conduta indisciplinada tipificada como falta até a imposição da sanção disciplinar pelos detentores do poder disciplinar prisional, interpõe-se o procedimento administrativo disciplinar prisional (PADP) que, instaurado e promovido autonomamente pela administração prisional, objetiva que a apuração interna da falta disciplinar ocorra seguindo parâmetros preestabelecidos de legalidade. Nesses termos, o PADP é posto como uma tentativa de alinhar o exercício dessa função jurisdicional atípica[266] da administração prisional aos preceitos e garantias que o atual paradigma de estado de direitos demanda de toda e qualquer forma de

---

inocência), a imposição do RDD cautelar deveria sim atender às exigências de manifestação do Ministério Público e da defesa, além, naturalmente, da necessidade de requerimento circunstanciado da autoridade competente (art. 54, § 1º) e do despacho fundamentado do juiz competente (art. 60)."

[264] LEP – 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, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. [...]

[265] ReNP-MG - Art. 655: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave quando ocasionar subversão da ordem ou da disciplina interna e sujeita o preso provisório ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; e IV - o preso terá direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol. [...]

[266] Todos os poderes – legislativo, executivo e judiciário – apresentam entre suas atribuições funções típicas e atípicas. As primeiras, funções típicas, "[...] são as funções tradicionais e primárias, ou seja, aquelas que eles exercem de forma padrão, desde o advento da teorização sobre a separação dos Poderes." (FERNANDES, 2011,

intervenção sobre a liberdade e o direito das pessoas. Assim, busca-se vincular a atuação da administração prisional ao cumprimento de um instrumento legal que intenta dirimir a discricionariedade, o autoritarismo e a função defensivista, infelizmente, tão íntimos ao exercício de poder disciplinar pela administração prisional.

A imposição do PADP decorre diretamente de dispositivo previsto no art. 59 da LEP[267], que estabelece de forma imperativa a instauração de procedimento de apuração aos casos em que se identifica a prática de falta disciplinar. A LEP, todavia, não estabelece como esse procedimento deve ser realizado, cuidando apenas de afirmar algumas garantias a serem seguidas pelo procedimento anunciado, como o direito de defesa e o dever de fundamentação da decisão proferida. Assim, a definição dos termos do PADP foi legada a regulamentação de outro instrumento legal.

No estado de Minas Gerais essa regulamentação do PADP é cumprida atualmente pelo ReNP-MG, que determina os pormenores do rito e das formas de apuração das faltas disciplinares e de cominação das sanções disciplinares, impondo que, nos termos do art. 673 do ReNP-MG[268], "o procedimento administrativo disciplinar - PAD que trata este Regulamento segue o rito sumaríssimo, orientando-se pela oralidade, economia processual, celeridade e exercício da ampla defesa e contraditório"[269]. Tendo esses princípios sob perspectiva, passa-se a análise do procedimento propriamente dito. Antes, contudo, deve-se pontuar o disposto no art. 702 do ReNP-MG[270] que indica expressamente que: "nos casos omissos, o Direito Penal e o Processual serão fontes subsidiárias deste Regulamento, bem como as Normas Constitucionais e os Princípios Gerais do Direito"; o que deve denotar na análise dos dispositivos uma interpretação condizente aos preceitos de limitação racional das

---

p. 631). As segundas, funções atípicas, são aquelas "[...] não tradicionais e que em tese não seriam de sua alçada, mas sim de competência de outros Poderes [...]" (FERNANDES, 2011, p. 632).

[267] LEP – Art. 59: Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

[268] ReNP-MG – Art. 673: O procedimento administrativo disciplinar - PAD que trata este Regulamento segue o rito sumaríssimo, orientando-se pela oralidade, economia processual, celeridade e exercício da ampla defesa e contraditório.

[269] Como o leitor pode perceber pela leitura do art. 673 o ReNP-MG utiliza a sigla PAD para designar o procedimento ora em análise enquanto o presente texto tem optado por designá-lo com a sigla PADP. O motivo para essa diferença é bem simples: a sigla PAD é utilizada para designar os procedimentos administrativos disciplinares de forma geral independente do contexto e dos sujeitos envolvidos, podendo indicar procedimento de apuração de indisciplina, por exemplo, de servidor estadual, de servidor federal, de funcionário de autarquia pública, do recluso em unidade prisional, etc. Visando restringir esse âmbito e possibilitar uma identificação imediata do contexto em que o procedimento administrativo disciplinar se insere, opta-se pela utilização da sigla PADP em abreviação ao termo *procedimento administrativo disciplinar prisional*, acrescendo ao termo o mesmo adjetivo utilizado para identificar o setor da administração pública do estado de Minas Gerais encarregado de aplicar o procedimento ora analisado, que, na organização administrativa atual fazem parte da Secretaria de Estado de Administração **Prisional** - SEAP.

[270] ReNP-MG – Art. 702: Nos casos omissos, o Direito Penal e o Processual serão fontes subsidiárias deste Regulamento, bem como as Normas Constitucionais e os Princípios Gerais do Direito.

intervenções do poder punitivo sobre os direitos e liberdades dos indivíduos, próprias à constituição dos ramos do direito indicados.

2.2.3.1 A comunicação interna de suposta falta disciplinar

Constatada qualquer falta disciplinar, ou a tentativa dessa, deve ser lavrado "comunicado interno relatando os fatos para que seja instaurado procedimento disciplinar visando à sua apuração" (art. 675, *caput* do ReNP-MG[271]). O responsável por essa lavratura é o servidor do sistema prisional que presenciou os fatos ou tomou ciência dele por qualquer outro meio legal (indícios de prova, denúncia de outro preso, confissão do preso, etc.), assim, ele deve "providenciar a formalização do comunicado com a descrição detalhada dos fatos, individualização dos envolvidos e rol de testemunhas" (art. 675, I do ReNP-MG[272]), sendo lavrada um comunicado para cada episódio conexo de falta, mesmo quando houver concorrência de dois ou mais presos (art. 675, II do ReNP-MG[273]) ou a prática concomitante ou sequente de duas ou mais faltas, devendo sempre prezar pela unidade dos fatos que, fazendo parte de um mesmo contexto, devem ser apurados em conjunto. Ademais, por força do art. 675, parágrafo único do ReNP-MG[274], o servidor deve se atentar a descrição objetiva dos fatos, sendo proibido de emitir juízo de valor depreciativo ou quaisquer informações passionais, sob pena de tornar inepto o comunicado.

Devidamente registrado junto à unidade administrativa, o comunicado interno será encaminhada ao Diretor Geral da unidade prisional (art. 676, *caput* do ReNP-MG[275]) para que tome as providências próprias e exclusivas a sua função frente a promoção da disciplina prisional. Nesse meio, sobrevindo indícios de cometimento de ilícito penal, deve-se providenciar a lavratura de ocorrência policial, conforme dispõe o art. 676, I do ReNP-MG[276], "sem a qual a falta administrativa não poderá ir a julgamento pelo Conselho Disciplinar". Ademais, no caso de agressões, "a vítima e o autor deverão ser encaminhados à autoridade

[271] ReNP-MG – Art. 675: Havendo indícios da falta disciplinar será lavrado comunicado interno relatando os fatos para que seja instaurado procedimento disciplinar visando à sua apuração. [...]
[272] ReNP-MG – Art. 675: [...] I - O servidor que presenciar ou tiver ciência do cometimento de qualquer infração disciplinar deverá providenciar a formalização do comunicado com a descrição detalhada dos fatos, individualização dos envolvidos e rol de testemunhas; e [...]
[273] ReNP-MG – Art. 675: [...] II – Havendo concorrência de dois ou mais presos deverá ser lavrada apenas uma ocorrência interna, contendo a identificação de todos os possíveis envolvidos. [...]
[274] ReNP-MG – Art. 675: [...] Parágrafo único. A emissão de juízo de valor depreciativo ou quaisquer informações passionais torna inepto o comunicado. [...]
[275] ReNP-MG – Art. 676: Formulada e registrada a ocorrência, o Coordenador de Segurança deverá submetê-la, de imediato, ao Diretor de Segurança que a encaminhará ao Diretor Geral, que decidirá a respeito.[...]

policial para expedição da guia de encaminhamento para exame de corpo de delito" (art. 676, II do ReNP-MG[277]).

2.2.3.2 Providências iniciais do Diretor Geral da Unidade Prisional

Recebido o comunicado o Diretor Geral da Unidade Prisional que, como visto anteriormente, é o detentor de direito do poder disciplinar, tomará ciência do relato e realizará uma espécie de juízo de admissibilidade do comunicado interno, no prazo estipulado de "[...] 24 (vinte e quatro) horas ou no máximo no primeiro dia útil subsequente em caso de feriado e/ou final de semana [...]" (art. 677, *caput* do ReNP-MG[278]). Nesse juízo de admissibilidade suas opções são: determinar o *arquivamento* do caso, se entender que não há indícios suficientes de autoria, ou que a conduta narrada pelo comunicado interno não está prevista como falta disciplinar (art. 676, I do ReNP-MG[279]); ou, entendendo haver indícios suficientes de falta, instaurar o PADP (art. 676, II, "a", "b" e "c" do ReNP-MG[280]) remetendo "o Procedimento Administrativo Disciplinar para o secretário do Conselho Disciplinar que dará sequência ao processo" (alínea "c"), mas não antes de decidir sobre a capitulação da falta disciplinar (alínea "a") e, quando cabível, sobre a imposição de isolamento preventivo do infrator (alínea "b"), devendo, se imposta a medida preventiva, comunicar o ato ao juiz competente (art. 58, parágrafo único da LEP[281] e art. 660 do ReNP-MG[282]).

O isolamento preventivo é ato exclusivo do diretor geral do estabelecimento prisional, que, por ato motivado, poderá determiná-la, conforme dispõe o ReNP-MG: "[...]quando houver indícios fundamentados da iminência ou do cometimento de infração disciplinar grave, bem como para assegurar a disciplina, a integridade física dos custodiados e a

---

[276] ReNP-MG – Art. 676: [...] I – Sempre que houver indícios de cometimento de ilícito penal deverá ser lavrada ocorrência policial, sem a qual a falta administrativa não poderá ir a julgamento pelo Conselho Disciplinar. [...]
[277] ReNP-MG – Art. 676: [...] II - Em caso de agressão, a vítima e o autor deverão ser encaminhados à autoridade policial para expedição da guia de encaminhamento para exame de corpo de delito.
[278] ReNP-MG – Art. 677: O Diretor Geral, ao receber o comunicado interno, proferirá despacho motivado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas ou no máximo no primeiro dia útil subsequente em caso de feriado e/ou final de semana, determinando:
[279] ReNP-MG – Art. 677: [...]I – O arquivamento, quando a conduta não estiver prevista como falta disciplinar ou quando não existir indícios suficientes de sua autoria. [...]
[280] ReNP-MG – Art. 677: [...]II – A instauração do procedimento disciplinar, decidindo sobre: a) capitulação da falta disciplinar; b) isolamento preventivo do infrator, conforme disposto no art 644, bem como comunicar o Juiz competente; e c) remeter o Procedimento Administrativo Disciplinar para o secretário do Conselho Disciplinar que dará sequência ao processo. [...]
[281] LEP – Art. 58: O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao Juiz da execução.
[282] ReNP-MG – Art. 660: Todo isolamento deverá ser sempre comunicado ao juiz competente.

segurança da Unidade Prisional" (art. 644, parágrafo único do ReNP-MG[283]), caso em que o diretor poderá determiná-lo de ofício (art. 645, *caput* do ReNP-MG); ou, quando o próprio custodiado a requerer, se houver risco à integridade física e psíquica dele (art. 645, *caput* do ReNP-MG[284]). A isso acrescesse que o isolamento só é cabível, no entanto, se a conduta em perspectiva tiver sido capitulada como falta grave, pois a gravidade das faltas leves e médias não justifica a intervenção por isolamento preventivo[285].

O prazo máximo desse isolamento é de 10 dias (Art. 60 da LEP[286], art. 644, *caput* do ReNP-MG[287]), o que não implica, por óbvio, que a cautelar tenha que ser sempre imposta nessa medida, devendo o prazo se adequar a situação que se quer acautelar, sendo cogente, inclusive, que, cessadas as razões que motivaram o isolamento preventivo, ela deve ser interrompida. Nesse esteio, estabelece o art. 645, §2º do ReNP-MG[288] que: "a medida será sempre reversível quando cessada a ameaça ou a requerimento do custodiado". No mais, esses 10 dias são improrrogáveis a título cautelar, podendo, todavia, ser executada de forma subsequente a sanção de isolamento, se o PADP for concluído antes de cessar a medida cautelar. Nesse caso, será feita a detração do tempo cumprido em isolamento preventivo (art. 647 do ReNP-MG[289]), devendo sempre respeitar o limite máximo de 30 dias consecutivos de isolamento imposto pelo art. 659 do ReNP-MG[290].

Vale aqui pontuar as críticas corrente ao isolamento preventivo, que tem firmado a necessidade premente do instituto acolher os mesmos limites impostos à decisão de prisão cautelar. Nesse sentido, A. Z. Schmidt (2007b, p. 263):

---

[283] ReNP-MG – Art. 644: [...]Parágrafo único. O isolamento preventivo só é possível quando houver indícios fundamentados da iminência ou do cometimento de infração disciplinar grave, bem como para assegurar a disciplina, a integridade física dos custodiados e a segurança da Unidade Prisional.

[284] ReNP-MG – Art. 645. A medida cautelar pode ser aplicada pelo Diretor Geral, de ofício ou a pedido do custodiado, quando houver risco a sua integridade física ou moral. [...]

[285] "Há que salientar que faltas médias e leves não comportam isolamento preventivo (assim como, analogamente, as contravenções penais não comportam prisão preventiva, por serem ontologicamente menos graves do que crimes). Do mesmo modo, a gravidade abstrata da falta não constitui fundamento suficiente para a segregação preventiva." (ROIG, 2017, p. 280)

[286] LEP – Art. 60: A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

[287] ReNP-MG – Art. 644: O Diretor Geral da Unidade Prisional pode determinar, por ato motivado, o isolamento preventivo do preso, por período não superior a 10 (dez) dias. [...]

[288] ReNP-MG – Art. 645. [...] § 2º A medida será sempre reversível quando cessada a ameaça ou a requerimento do custodiado.

[289] ReNP-MG – Art. 647: O tempo de isolamento preventivo do infrator será sempre computado na sanção disciplinar aplicada.

[290] ReNP-MG – Art. 659: O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias, ressalvada a hipótese do Regime Disciplinar Diferenciado.

> Consequentemente também o art. 60 (A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso, pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, no interesse da disciplina e da averiguação do fato) deve sofrer uma releitura a partir da garantia constitucional referida [presunção de inocência], caso em que teremos de fundamentar o isolamento preventivo do faltoso em seu fundamento cautelar, nos moldes estabelecidos pela lei processual penal (art. 312 do CPP), e não como uma espécie de antecipação de tutela disciplinar. Por essa razão, e considerando-se a limitação da liberdade produzida pelo cárcere, parecem ser remotos os casos em que o isolamento cautelar torna-se necessário.

O isolamento preventivo, nesses termos, deve atender função tão somente emergencial, assim, como destaca R. D. E. Roig (2017, p. 281), "[...] deve ser reservado a hipóteses excepcionais (*ultima ratio*) e sua interpretação sempre deve ser realizada restritivamente", assim, "[...] somente deve ser admitido o isolamento preventivo para fazer cessar uma situação emergencial ou assegurar a integridade física da pessoa presa, jamais como forma de punição ou de tornar o faltoso exemplo para o coletivo carcerário".

Voltando ao procedimento, após decidir sobre a capitulação e o isolamento preventivo, o diretor, como mencionado deve remeter o processo iniciado ali, por ele, ao Conselho Disciplinar da unidade, a quem compete o processamento e o julgamento do caso.

2.2.3.3 A Instrução do PADP

Recebido o comunicado interno com despacho do Diretor Geral e outros eventuais documentos juntados ao caso, o Conselho Disciplinar, na figura de seu secretário, cuidará de instruir o processo com os documentos necessários e atenderá, havendo necessidade de apuração complementar aos relatos do Comunicado Interno, as diligências necessárias para tal.

O PADP deve ser concluído no prazo de 30 dias contados da data dos fatos (art. 674, *caput* do ReNP-MG[291]), todavia, " não concluído no prazo, o procedimento disciplinar poderá ser prorrogado uma única vez, por igual período, devendo o secretário do Conselho disciplinar, por meio de pedido fundamentado e relatório das diligências realizadas, solicitar a prorrogação ao Diretor Geral" (art. 674, § 1º do ReNP-MG[292]). O prazo de 30 dias indicado acima é corrido, mas se forem solicitadas diligências ao Conselho Disciplinar (como por

[291] ReNP-MG – Art. 674: O Procedimento Administrativo Disciplinar deverá ser concluído em 30 (trinta) dias, contados da data do fato.

[292] ReNP-MG – Art. 674: [...] § 1º Não concluído no prazo, o procedimento disciplinar poderá ser prorrogado uma única vez, por igual período, devendo o secretário do Conselho disciplinar, por meio de pedido fundamentado e relatório das diligências realizadas, solicitar a prorrogação ao Diretor Geral.[...]

exemplo, a oitiva de testemunhas, a produção de parecer, etc.), esse prazo é interrompido até que a diligência seja concluída. (art. 674, § 2º do ReNP-MG[293]).

Dentre as diligências cabíveis, tanto a apuração complementar quanto para o processamento legal do PADP estão: a oitiva dos envolvidos, a comunicação da defesa, o cumprimento das diligências postuladas pela defesa, e a instrução do procedimento com todos os documentos produzidos e exigidos ao ato.

A oitiva dos indivíduos envolvidos; autor da falta, a vítima, se houver, e eventuais testemunhas indicadas pela defesa ou pelo próprio Conselho Disciplinar; é a oportunidade em que será perguntado a eles sobre os fatos narrados e dada a chance para apresentarem a própria versão dos fatos. As declarações prestadas nesse momento serão reduzidas a termo e juntadas aos documentos do procedimento (art. 679, IV do ReNP-MG[294]). Nessa oportunidade, como indicado pelo art. 680 do ReNP-MG[295], deverá ser perguntado aos envolvidos se possui advogado constituído e se tem interesse que o seu advogado atue em sua defesa no PADP. Da resposta positiva as duas perguntas, a unidade prisional deve providenciar a intimação do advogado indicado pelo preso para que ele proceda com a defesa dele no procedimento (art. 680, § 1º do ReNP-MG[296]). Uma vez intimado e certificado o advogado do autor, o não comparecimento aos atos do procedimento "implicará na designação do Analista Técnico Jurídico da Unidade Prisional para o acompanhamento e defesa do preso" (art. 680, § 2º do ReNP-MG[297]), que deverá cumprir a função de defesa do autor da falta. O ReNP-MG não fala nada sobre, mas, com o posterior comparecimento do advogado constituído no procedimento, ele pode assumir a defesa do ponto em que o procedimento estiver. Caso o autor da falta não tenha advogado ou, o tenha, mas deseje que esse não atue no procedimento, prevê o ReNP-MG que, caso a Defensoria Pública também não atue no caso, caberá ao Analista Técnico Jurídico (ATJ) da Unidade Prisional a defesa do autor da falta (art. 681, *caput* do ReNP-MG[298]).

---

[293] ReNP-MG – Art. 674: [...] § 2º Quando forem solicitadas diligências, interrompe-se o prazo previsto no caput deste artigo, até a sua conclusão. [...]

[294] ReNP-MG – Art. 679: O procedimento administrativo disciplinar deverá ser instruído pelo secretário com os seguintes documentos: [...] IV – Termo de declaração dos envolvidos (autor, vítima e testemunha); [...]

[295] ReNP-MG – Art. 680: Durante a oitiva deve ser perguntado ao preso se o mesmo possui advogado constituído. [...]

[296] ReNP-MG – Art. 680: [...] § 1º Na existência de advogado constituído e sendo interesse do preso o acompanhamento na oitiva deverá ser o advogado intimado por todos os meios possíveis e certificado para comparecer ao procedimento em data marcada pela Unidade Prisional. [...]

[297] ReNP-MG – Art. 680: [...]§ 2º O não comparecimento implicará na designação do Analista Técnico Jurídico da Unidade Prisional para o acompanhamento e defesa do preso.

[298] ReNP-MG – Art. 681: A Unidade Prisional viabilizará a comunicação com o advogado constituído por meio do Núcleo de Assistência Social, na ausência do Advogado constituído ou da Defensoria Pública a defesa será feita pelo ANEDS/ATJ. [...]

Interessante notar que a LEP (Art. 59)[299], mas principalmente o ReNP-MG é enfático quanto a necessidade de envolvimento da defesa no ato, seja determinando que sejam cumpridos todos os meios possíveis para a comunicação do advogado ou fornecendo os serviços do ATJ para o ato. Com isso, o ReNP-MG busca o cumprimento da garantia constitucional do art. 5º, LV da CRFB/88[300], assegurando não só a autodefesa do autor da falta, como a intervenção de defesa técnica no ato.

Para alguns autores, como G. S. Nucci (2010, p. 1009-1010) e S. A. Beneti (1996, p. 140-141) a autodefesa é suficiente e adequada ao meio e a celeridade do PADP, dispensando, nesse caso, a atuação da defesa técnica. Sobre essa questão, deve-se discordar dos autores mencionados. A presença da defesa técnica é essencial ao ato, pois, muito mais do que a garantia de um direito constitucionalmente constituído, a defesa técnica busca assegura uma discussão minimamente qualificada dos fatos e do direito que circunscreve todo o procedimento. O que se faz extremamente necessário em um meio, como o prisional, em que as incertezas conceituais dos dispositivos da execução, decorrentes de graves falhas de legalidade do sistema de disciplina prisional, são alinhadas a interpretações e espaços de discricionariedade tendentes a posturas repressivas, correcionais e defensivistas. Ao que se deve acrescentar ainda o fato de que para se juntar ao Conselho Disciplinar não é exigido conhecimento técnico-jurídico, sendo seu corpo votante constituído de um representante da equipe de segurança e dois técnicos ligados a Diretoria de Atendimento (art. 99, IV, a e b do ReNP-MG[301]), que não necessariamente têm formação jurídica ou estudos nessa área. Nesses termos, o direito posto, que já é naturalmente propício a distorções punitivas, geralmente corre pelos sujeitos apenas com a referência crua da norma, sem as compleições do sistema de fontes e garantias que complementam o seu sentido e atribuem valor e significado à norma. A defesa técnica, nesse meio, deve surgir ao resgate do direito ali aplicado, buscando superar os vícios e impropriedade intrínsecos a cultura e aos exercícios da execução penal, perpetrados, muitas das vezes, pelo comodismo da repetição sem questionamentos.

Nesse sentido, a defesa técnica independente[302] cumpre mais do que uma formalidade do procedimento, representando um argumento alternativo ao meio de dominação já tão

---

[299] LEP – Art. 59: Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

[300] CRFB/88 – art. 5º: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

[301] ReNP-MG – Art. 99: O Conselho Disciplinar é composto por, no mínimo, 06 (seis) titulares, capazes e experientes, a saber: [...] IV – Membros votantes: a) 1 representante da equipe de segurança; e b) 2 técnicos ligados a Diretoria de Atendimento. [...]

[302] O que muitas das vezes não se pode assegurar com a defesa do ATJ, pois, na qualidade de funcionário da unidade prisional, pode inclinar sua atuação ao cumprimento da agenda repressiva e constritiva da administração

comprometido com a repressão, que, se bem intencionadas e capacitada, é capaz de constranger o poder a adequação, ainda que a mudança seja pontual ao caso defeso. A defesa, com esse significado, deve cumprir não apenas o requisito formal, mas material também, sendo nulo o procedimento em que a defesa presente olvidou de sua função ou não teve capacidade suficiente para prestá-la.

No mais, o STJ, em sua Súmula 533, assentou a importância em se assegurar o direito de defesa nos PADP, quando estabeleceu que:

> Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. (STJ, Súmula 533, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015)

Continuando com o procedimento.

Comunicada a defesa técnica (advogado constituído, defensor público ou ATJ) "terá o prazo de 05 (cinco) dias úteis para manifestação, requerer diligências e/ou arrolar testemunhas" (art. 681, §1º do ReNP-MG[303]). No âmbito dessa atuação, a defesa pode requerer a juntado ou mesmo requerer que seja feita diligência para a coleta de prova que achar pertinente ao caso, sendo admissível qualquer meio de prova previsto em Direito (art. 683 do ReNP-MG[304]). Assim, a defesa poder requerer, por exemplo, a elaboração de perícia sobre objeto; a oitiva de testemunhas no limite de até três (art. 684 do ReNP-MG[305]), limitação essa também posta à administração pública; a juntada de documentos, como o prontuário ou o histórico de faltas do preso; etc. A negativa injustificada da administração prisional em cumprir com as diligencias solicitadas importa em cerceamento de defesa, o que torna o procedimento nulo. A administração prisional, todavia, está condicionada a suas próprias limitações e possibilidades, estando obrigada a agir pela defesa nesses limites. Para auxiliar o conselho disciplinar nessa atividade, o ReNP-MG prevê que: "o Conselho Disciplinar poderá valer-se do auxílio técnico de qualquer pessoa, quando necessário" (art.

---

prisional, furtando-se do dever de defesa perante o envolvimento com demais funcionários da unidade e com o discursos defensivista que permeia seu local de trabalho.

[303] ReNP-MG – Art. 681: [...] § 1º A defesa terá o prazo de 05 (cinco) dias úteis para manifestação, requerer diligências e/ou arrolar testemunhas. [...]

[304] ReNP-MG – Art. 683: Admitir-se-á como prova todos os meios previstos em Direito.

[305] ReNP-MG – Art. 684. A administração pública e a defesa podem arrolar 03 (três) testemunhas cada uma.

685 do ReNP-MG[306]) e que "o Conselho Disciplinar poderá usar os arquivos, registros, dados e informações existentes nos setores da Unidade Prisional" (art. 686 do ReNP-MG[307]).

O ReNP-MG não estabelece um prazo para o cumprimento das diligencias, que, por interromperem o prazo máximo de 30 dias posto ao PADP (art. 674, § 2º do ReNP-MG[308]), não cumpre um prazo temporal definido, mas que deve levar em consideração o imperativo de celeridade e da duração razoável do processo.

Após cumpridas as diligências postuladas pela defesa a administração pública vai informá-lo sobre a conclusão delas. Informada, a defesa tem 03 dias úteis para concluir seus trabalhos, contados a partir dessa ciência (art. 681, § 2º do ReNP-MG[309]). Essa conclusão dos trabalhos pela defesa ocorre basicamente para assegurar o contraditório do ato, para analisar os resultados das diligências requisitadas e demais ação do Secretário do CD desde sua última manifestação, podendo, por óbvio, pedir a complementação ou correição das diligências caso elas apresentem algum vício ou impropriedade não percebidos pelo CD, auxiliando, dessa forma, no saneamento do PADP. Havendo novas diligências deve-se novamente cumprir o disposto no art. 681, § 2º do ReNP-MG, pois deve-se visar sempre o cumprimento do contraditório, oportunizando a participação da defesa em todos os atos.

Findas as diligências encerra-se a instrução prévia do PADP, ele será remetido à sessão de julgamento do colegiado do Conselho Disciplinar, com todos os documentos elencados no art. 679 do ReNP-MG[310] e tudo mais que foi feito dentre as diligências da defesa e do próprio CD.

2.2.3.4 Sessão de julgamento do Conselho Disciplinar

O Conselho Disciplinar reúne-se ordinariamente uma vez por semana nos dias determinados pelo Diretor Geral da unidade prisional, ou em caráter extraordinário sempre

[306] ReNP-MG – Art. 685. O Conselho Disciplinar poderá valer-se do auxílio técnico de qualquer pessoa, quando necessário.
[307] ReNP-MG – Art. 686. O Conselho Disciplinar poderá usar os arquivos, registros, dados e informações existentes nos setores da Unidade Prisional.
[308] ReNP-MG – Art. 674: [...] § 2º Quando forem solicitadas diligências, interrompe-se o prazo previsto no caput deste artigo, até a sua conclusão.
[309] ReNP-MG – Art. 681: § 2º Caso tenha sido requerido diligências e/ou oitivas das testemunhas, a defesa será informada sobre a sua conclusão e terá 03 (três) dias úteis para concluir a defesa.
[310] ReNP-MG – Art. 679: O procedimento administrativo disciplinar deverá ser instruído pelo secretário com os seguintes documentos: I – Comunicado interno com despacho do Diretor Geral; II – Boletim de Ocorrência Policial (em caso de ilícito penal); III – Cópia da guia de encaminhamento para exame de corpo de delito, quando for o caso; IV – Termo de declaração dos envolvidos (autor, vítima e testemunha); e V – cópia de ofício dando ciência à defensoria pública ou advogado constituído sobre a instauração do procedimento disciplinar e respectivos prazos.

que convocada por esse. Essas reuniões são destinadas a realização da sessão de julgamento dos casos de indisciplina cuja instrução prévia foi concluída, sendo nessa oportunidade completada a instrução, com a apresentação do caso aos membros do CD, a repetição de algum testemunho que achar necessário e a manifestação defensiva.

Na sessão de julgamento devem, necessariamente, estar presentes o preso (art. 687, *caput* do ReNP-MG[311]) e o responsável por sua defesa técnica (art. 682 do ReNP-MG[312]). Ausente o preso da unidade "por motivo de atendimento médico, fórum ou qualquer outra razão que justifique sua ausência, seu julgamento será adiado e deverá ser agendada uma nova sessão" (art. 687, parágrafo único do ReNP-MG[313]), mas se o preso foi transferido por algum motivo de urgência, o PADP deve acompanhá-lo e será concluído e julgado pelo CD da unidade para a qual ele foi transferido (art. 103 do ReNP-MG[314]). Por outro lado, ausente o advogado constituído, sem justificativa, o mesmo será substituído pela Defensoria Pública, ou na ausência dela pelo Analista Técnico Jurídico da unidade prisional (art. 682, § 2º do ReNP-MG[315]). Havendo justificativa para a ausência do advogado constituído será marcada nova sessão (art. 682, §1º do ReNP-MG[316]).

Se todos estiverem presentes, dispõe o art. 688 do ReNP-MG[317] que: "será lido o comunicado interno, a indicação das diligências e apurações feitas no procedimento administrativo prévio", devendo também ser informado, pelo presidente do Conselho Disciplinar, a situação pregressa do preso na unidade prisional (art. 688, parágrafo único do ReNP-MG[318]). Havendo necessidade de repetição de algum testemunho ele deve ser colhido

---

311 ReNP-MG – Art. 687: Na sessão de julgamento o preso deverá estar presente.

312 ReNP-MG – Art. 682: O infrator não será submetido à sessão de julgamento sem a presença de Advogado constituído ou Defensoria Pública ou, na ausência destes, do ANEDS/ATJ da Unidade Prisional.

313 ReNP-MG – Art. 687: [...] Parágrafo único. Se o preso não estiver na Unidade Prisional por motivo de atendimento médico, fórum ou qualquer outra razão que justifique sua ausência, seu julgamento será adiado e deverá ser agendada uma nova sessão.

314 ReNP-MG – Art. 103: As faltas disciplinares deverão, preferencialmente, ser apuradas na Unidade Prisional em que ocorreram, contudo, quando tal não for possível, em razão de eventual urgência de transferência do preso, o procedimento disciplinar deverá ter continuidade na Unidade Prisional de destino.
Parágrafo único. O Procedimento Disciplinar, uma vez instaurado, não deverá, em hipótese alguma, restar interrompido, devendo a Unidade Prisional de origem, a fim de assegurar sua continuidade, em até 05 (cinco) dias contados da transferência do preso, encaminhar a documentação referente à apuração das faltas disciplinares.

315 ReNP-MG – Art. 682: [...] § 2º Caso o Advogado constituído não compareça à segunda sessão de julgamento, a Defensoria Pública será notificada e na ausência dela a defesa será realizada pelo ANEDS/ATJ da Unidade Prisional.

316 ReNP-MG – Art. 682: [...]§ 1º Na ausência do Advogado constituído, com a devida justificativa será remarcada uma nova sessão. [...]

317 ReNP-MG – Art. 688: Será lido o comunicado interno, a indicação das diligências e apurações feitas no procedimento administrativo prévio. [...]

318 ReNP-MG – Art. 688: [...] Parágrafo único. O presidente do Conselho Disciplinar obrigatoriamente informará ao preso e aos membros do conselho a situação pregressa na Unidade Prisional, momento em que será dada ao preso a oportunidade de fazer suas considerações.

após essa exposição. Logo após, será dada a oportunidade para o preso se manifestar, fazendo as considerações que achar pertinentes a sua autodefesa (art. 688, parágrafo único do ReNP-MG). A defesa técnica, em seguida, manifestará ressaltando as questões de fato e de direito que ela achar oportunas. Nos termos do art. 689 do ReNP-MG[319], essa manifestação "poderá ser oral ou reduzida a termo, sendo a última obrigatória em casos de falta grave". Dentre os possíveis pedidos da defesa ela pode requer ao CD a absolvição do indivíduo, a desclassificação da falta atribuída para tipo mais brando e/ou a aplicação de atenuantes sobre eventuais condenações, etc.

Cumpridas essas etapas a sessão de julgamento continua sem a presença do preso e da defesa, que, pelo disposto no art. 690 do ReNP-MG[320], devem se retirar da sala para que os membros votantes do CD decidam sobre o caso em votação reservada por maioria simples.

Conforme já se pontuou anteriormente, os membros votantes do CD são três; constituído de um representante da equipe de segurança e dois técnicos ligados a Diretoria de Atendimento (art. 99, IV, a e b do ReNP-MG[321]); que decidirão, em votações separadas: em favor ou contra a desclassificação da falta, havendo arguição nesse sentido (art. 691 do ReNP-MG[322]), e, em seguida, pela absolvição ou condenação do preso (art. 692 do ReNP-MG[323]).

As hipóteses em que deve ocorrer a absolvição do réu estão dispostas no art. 693 do ReNP-MG:

> Art. 693. O Conselho Disciplinar absolverá o preso desde que reconheça:
> I - não existir prova do cometimento da infração;
> II - está provado que o preso não participou do fato, haver dúvida da sua participação ou o fato não está previsto como falta disciplinar; e
> III - prescrição da infração de acordo com o art. 664 deste Regulamento.
> Parágrafo único. Também será absolvido o preso que tenha praticado a falta:
> I - por legítima defesa própria ou de terceiros;
> II - em cumprimento de ordem não manifestamente ilegal;
> III - em situação de inexigibilidade de conduta diversa ou coação irresistível; e
> IV - em razão do estado de necessidade.

---

[319] ReNP-MG – Art. 689: A defesa poderá ser oral ou reduzida a termo, sendo a última obrigatória em casos de falta grave.

[320] ReNP-MG – Art. 690: Após ouvir a descrição dos fatos, o preso e a defesa serão retirados da sala, e os membros votantes do Conselho decidirão em votação reservada por maioria simples pela absolvição ou condenação do acusado.

[321] ReNP-MG – Art. 99: O Conselho Disciplinar é composto por, no mínimo, 06 (seis) titulares, capazes e experientes, a saber: [...] IV – Membros votantes: a) 1 representante da equipe de segurança; e b) 2 técnicos ligados a Diretoria de Atendimento. [...]

[322] ReNP-MG – Art. 691: Havendo arguição para desclassificação da falta, haverá votação pelos membros votantes do Conselho que decidirão por maioria simples em favor ou contra a desclassificação da falta.

[323] ReNP-MG – Art. 692: Os membros votantes do Conselho decidirão por maioria simples pela absolvição ou condenação do preso. A votação será oral e reduzida a termo em ata.

Como se pode observar o artigo contempla as causas típicas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade do código penal, do qual se aproveitam os conceitos e demais aspectos de legalidade. Lembrando que o direito penal é fonte subsidiária do PADP.

A extinção da punibilidade da infração disciplinar pela prescrição ocorrerá, nos termos do art. 664 *caput* do ReNP-MG[324], no prazo de 12 (doze) meses contados da data de acontecimento dos fatos. Esse prazo é corrido e só se interrompe em caso de fuga do preso, voltando a contar de onde parou com a recaptura do indivíduo (art. 664, §1º do ReNP-MG[325]).

A condenação se dará quando houver provas suficientes da autoria e da materialidade da falta disciplinar, não havendo o preso incorrido nas hipóteses de exclusão de ilicitude e de culpabilidade aventadas acima.

Por regra do art. 692 do ReNP-MG[326], a votação sobre os temas relacionados acima deverá ser oral e reduzida a termo em ata. Sobre esse ponto deve-se atentar para a adequação desse ato ao dever de fundamentação imposto pelo art. 59, parágrafo único da LEP[327], que impõe a doção de um modelo racional de decisão que relaciona os fatos ao comando do direito, afastando assim decisões motivadas por mera predileção dos sentidos, dos sentimentos e/ou da consciência do julgador. Nesse sentido, a decisão pode até mesmo ser oral, mas deve indicar os motivos específicos de seus motivos, apontando os fatos, os elementos de prova e as normas que direcionam sua escolha. Mas, para cumprir o efeito dessa fundamentação, todos esses pontos devem ser reduzidos a termo na ata da sessão de julgamento. Assim, o ato deve ser capaz de informar seus verdadeiros motivos, possibilitando o conhecimento e o controle de terceiros, que eventualmente poderão ou deverão realizar um juízo de validade sobre o que foi decidido, como, por exemplo: o juiz que deve avaliar o procedimento administrativo, entre outros atos, para homologar a faltas graves e aplicar seus efeitos nos termos da execução penal do indivíduo; o próprio preso e sua defesa sobre o qual analisarão a possibilidade de recurso; o diretor da unidade, a quem compete determinar a aplicação da sanção disciplinar, etc. Se não for assim, com a disponibilização posterior dos motivos e fundamentos da decisão proferida, não faz sentido exigir motivação se ela é realizada em sessão reservada sem a presença do preso ou de sua defesa.

---

[324] ReNP-MG – Art. 664: Extingue-se a punibilidade da sanção disciplinar, no âmbito administrativo, no prazo de 12 (doze) meses, a partir da data do conhecimento do fato.

[325] ReNP-MG – Art. 664: [...]§ 1º Nos casos de fuga interrompem-se os prazos da extinção da punibilidade na data de sua ocorrência, voltando a contar a partir da data da recaptura do preso. [...]

[326] ReNP-MG – Art. 692: Os membros votantes do Conselho decidirão por maioria simples pela absolvição ou condenação do preso. A votação será oral e reduzida a termo em ata.

[327] LEP – Art. 59: Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

No caso de condenação por maioria dos membros votantes do CD, cabe ao presidente do conselho[328], conforme disposto no art. 694 do ReNP-MG[329], aplicar a sanção disciplinar nos casos de restrição de direitos e isolamento. Nessa aplicação, por força do art. 57 da LEP[330] e do art. 658, *caput* do ReNP-MG[331], o presidente do CD deverá considerar "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", para direcionar sua tarefa. Uma clara adaptação da sistemática de aplicação da pena do art. 59 do Código Penal[332] que visa assegurar a individualização da sanção disciplinar segundo as circunstâncias que envolvem a falta e o autor da falta, dessa forma, poderá o presidente do CD adequar a sanção disciplinar a aquele caso específico. Nesse sentido discorre G. S. Nucci, (2010, p. 1010):

> Durante a execução penal, sempre estão presentes os princípios constitucionais garantistas penais e processuais penais, demonstrando que a pretensão punitiva no Estado Democrático de Direito resolvem-se em vários estágios, constituindo o derradeiro deles a efetiva aplicação da sanção penal, materializada na sentença condenatória. Vale ressaltar, portanto, que na aplicação da sanção disciplinar ao condenado deve valer-se a autoridade administrativa dos mesmos parâmetros impostos pelo princípio da individualização da pena, isto é, levando em conta "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão" (art. 57, LEP). O esforço do legislador visa evitar a todo custo a padronização de qualquer tipo de sanção. (NUCCI, 2010, p. 1010)

Essa base de individualização da sanção disciplinar perde sentido, todavia, quando o ReNP-MG estabelece para a atuação do presidente do CD critérios bem definidos, indicando que a dosimetria da sanção deve partir da punição mínima indicada para cada tipo de sanção (art. 695, I do ReNP-MG[333]), sobre a qual serão consideradas as agravantes e atenuantes típicas (art. 695, II do ReNP-MG[334]), devendo o presidente do conselho aumentar ou diminuir

---

[328] Cargo ocupado pelo Diretor da Unidade prisional ou, caso esse delega a tarefa, por algum dos diretores setoriais da unidade (art. 99, I do ReNP-MG)

[329] ReNP-MG – Art. 694: No caso de condenação, caberá ao presidente aplicar a sanção.

[330] LEP – Art. 57: Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

[331] ReNP-MG – Art. 658: Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

[332] CP – Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

[333] ReNP-MG – Art. 695: O presidente do Conselho Disciplinar, nas sanções de isolamento e restrição de direitos obedecerá aos seguintes critérios: I – a dosimetria da sanção disciplinar partirá das punições mínimas previstas nos artigos 671 e 672, deste Regulamento; [...]

[334] ReNP-MG – Art. 695: O presidente do Conselho Disciplinar, nas sanções de isolamento e restrição de direitos obedecerá aos seguintes critérios: [...] II - aplicam-se as atenuantes e agravantes. [...]

a sanção em dois dias para cada agravante ou atenuante aplicada (art. 695, § 1º do ReNP-MG[335]). Nessa atividade é imperativo que se observe a quantidade máxima prevista para as sanções não podendo a sanção de falta média exceder 20 dias de isolamento, nem de falta grave exceder a 30 dias.

As circunstâncias atenuantes são definidas pelo art. 662 do ReNP-MG; *in verbis*:

> Art. 662. São circunstâncias que atenuam a sanção:
> I- ausência de falta anterior;
> II - a pouca importância da participação do preso na falta;
> III - a confissão espontânea;
> IV - colaboração para a elucidação da falta; e
> V – ter cometido a falta por motivo de relevante valor social ou moral.

E agravam a sanção disciplinar as circunstâncias do art. 663 do ReNP-MG, transcrito abaixo:

> Art. 663. São circunstâncias que agravam a sanção:
> I - a reincidência;
> II - a coação ou indução de outros presos à prática da falta;
> III - a prática de falta pelo preso em virtude de confiança nele depositada;
> IV - a ação em concurso com outro preso; e
> V - a prática da falta em local público.
> Parágrafo único. Será considerado reincidente o preso que tiver cometido qualquer outra falta disciplinar.

No mais, havendo concurso de infrações disciplinares, estabelece o art. 695 § 2º do ReNP-MG[336], que o presidente do CD deve aplicar a "pena da mais grave, somando para a outra infração no caso de falta grave 05 (cinco) dias, falta média 03 (três) dias e para falta leve 02 (dois) dia, observando-se sempre o limite máximo de 30 dias de isolamento".

Entende-se, ante o meio de denotada predileção repressiva e corretiva que é o meio prisional, que a doção de critérios matemáticos como esses, que devem ser calculados sobre um rol preestabelecido de circunstâncias abonadoras e agravantes, surte efeito limitador muito maior do que a adaptação da sistemática de individualização da penal pelas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, que depende amplamente do juízo de valor de quem o analisa, sobre critérios, de certa forma, indeterminados. O que pode funcionar com o distanciamento próprio do poder jurisdicional, mas em um meio como o prisional, totalizante, intensamente opressor, que opera com grandes espaços de discricionariedade e sem um efetivo controle

[335] ReNP-MG – Art. 695: [...] § 1º As atenuantes e as agravantes possuem o mesmo valor, devendo a pena ser aumentada ou diminuída em 02 (dois) dias para cada atenuante e agravante; e [...]
[336] ReNP-MG – Art. 695: [...]§ 2º Na hipótese do concurso de infrações disciplinares, aplica-se a pena da mais grave, somando para a outra infração no caso de falta grave 05 (cinco) dias, falta média 03 (três) dias e para falta leve 02 (dois) dia, observando-se sempre o limite máximo de 30 dias de isolamento. [...]

externo, essa oportunidade de individualização pode facilmente ser desviada de seu propósito e utilizada para justificar a punição desmedida, ainda mais quando se tem por base um procedimento altamente inquisitorial no qual a entidade que julga é a mesma que acusa, ou seja, que está comprometida com a confirmação de suas hipóteses e com as razões do seu trabalho.

Voltando ao procedimento. O art. 696 do ReNP-MG[337] estabelece que o CD tem no máximo três dias úteis "para concluir os procedimentos e demais providências cabíveis". Tempo em que deverá: redigir a ata definitiva da sessão de julgamento; quantificar a pena; remeter a decisão ao diretor geral da unidade prisional para que ordene a sanção (não sendo ele o presidente do CD); comunicar o autor da falta sobre a decisão do conselho e a eventual sanção aplicada; providenciar que a unidade prisional entre em contato com os familiares credenciados para visita, para comunicar-lhes "o motivo, a duração da sanção, bem como sobre eventual suspensão de visita e o período" (art. 696, parágrafo único do ReNP-MG[338]); comunicar a defesa do autor da falta sobre o resultado; etc.

Havendo a irresignação do autor da falta quanto ao resultado do julgamento pode ele "solicitar a reconsideração, no prazo de 10 dias" (art. 697 do ReNP-MG[339]) por recurso escrito, que será direcionado ao Diretor da Diretoria de Articulação do Atendimento Jurídico e Apoio Operacional – DAJ, da Superintendência de Atendimento ao Preso – SAPE (art. 698 do ReNP-MG[340]). A unidade prisional providenciará a remeça desse recurso a pessoa relacionada, juntamente com cópia de todo o procedimento. Recebido o material o Diretor mencionado terá o prazo máximo de 10 dias úteis, contado do recebimento, para decidir sobre o recurso.

---

[337] ReNP-MG – Art. 696: Após a sessão de julgamento, o Conselho Disciplinar terá o prazo máximo de 03 (três) dias úteis para concluir os procedimentos e demais providências cabíveis. [...]

[338] ReNP-MG – Art. 696: [...] Parágrafo único. A Unidade Prisional deverá comunicar aos familiares credenciados para visitar, por qualquer meio de contato, o motivo, a duração da sanção, bem como sobre eventual suspensão de visita e o período, consignando no procedimento a identificação e parentesco da pessoa que receber a informação.

[339] ReNP-MG – Art. 697: A parte que insurgir quanto ao resultado do Conselho Disciplinar poderá solicitar a reconsideração, no prazo de 10 dias.

[340] ReNP-MG – Art. 698: O recurso de que trata o artigo anterior será dirigido ao Diretor da Diretoria de Articulação do Atendimento Jurídico e Apoio Operacional - DAJ da Superintendência de Atendimento ao Preso - SAPE, e deverá ser enviado através de cópia digitalizada de todo o procedimento para o e-mail: dapsase@defesasocial.mg.gov.br, que terá o prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da data do recebimento para decidir sobre o recurso, podendo ser conferido caráter devolutivo ou suspensivo conforme o caso, bem como comunicando, imediatamente, sua decisão, devidamente fundamentada, a parte recorrente, que assinará cópia a ser juntada aos autos de apuração.

O recurso terá efeito devolutivo e suspensivo, conforme o art. 149 da LEP-MG[341] e o art. 698 do ReNP-MG, apesar do ReNP-MG não especificar a quem compete decisão de conferir o efeito suspensivo (o CD, o Diretor Geral, o Diretor para quem é remetido o recurso). Nessa indeterminação, a melhor alternativa é que esse efeito possa ser determinado tanto pelo Diretor Geral, responsável pela ordem de aplicação da sanção, ou à pessoa a quem incumbe analisar o recurso, devendo comunicar sua decisão ao diretor geral da unidade para que ele não aplique à sanção disciplinar.

Decidindo sobre o recurso, o Diretor da DAJ/SAPE deverá comunicar, "imediatamente, sua decisão, devidamente fundamentada, a parte recorrente, que assinará cópia a ser juntada aos autos de apuração" (art. 698 do ReNP-MG). Essa decisão, em hipótese alguma poderá, por força do art. 698, parágrafo único do ReNP-MG[342], agravar a sanção aplicada ao indivíduo.

Sobrevindo a condenação pelo CD e não tendo o preso recorrido, ou tendo recorrido e a condenação sendo confirmada pelo Diretor da DAJ/SAPE, a sanção torna-se definitiva no âmbito administrativo, podendo ser anulada tão somente por decisão do órgão jurisdicional no exercício de controle e correição das atividades administrativas prisionais ou pela simples exercício do princípio de inafastabilidade da jurisdição (5º, XXXV da CRFB/88[343]). Conforme dispõe o art. 699 do ReNP-MG[344], "somente após tornar-se definitiva, será a punição registrada no prontuário do preso". Esse registro, como mencionado anteriormente, servirá como referência para a avaliação da conduta do indivíduo.

Estabelecido o PADP, instrumento típico de realização do sistema de coerção disciplinar formal, passa-se agora a análise do sistema disciplinar exercido na lógica inversa do reforço negativo, trabalhando a adequação disciplinar pela promoção de estímulos ao bom comportamento. Antes de prosseguir, contudo, seguem nas próximas páginas, sintetizando tudo que foi dito, fluxogramas do PADP indicando o procedimento de modo geral (figura 01), e um fluxograma explicando as decisões e etapas do julgamento da falta disciplinar pelo Conselho Disciplinar e os trâmites recursais subsequentes (figura 02).

---

[341] LEP-MG - Art. 149 – A interposição de recurso suspenderá os efeitos da decisão, salvo quando se tratar de ato de grave indisciplina. Parágrafo único – A tramitação do recurso de que trata o artigo será urgente e preferencial.

[342] ReNP-MG – Art. 698: [...] Parágrafo único. Não poderá haver aumento de pena, nos casos em que o preso recorrer da decisão punitiva.

[343] CRFB/88 – Art. 5º: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

[344] ReNP-MG – Art. 699: Somente após tornar-se definitiva, será a punição registrada no prontuário do preso.

Figura 01 - Fluxograma do Procedimento Administrativo Disciplinar definido no ReNP-MG.

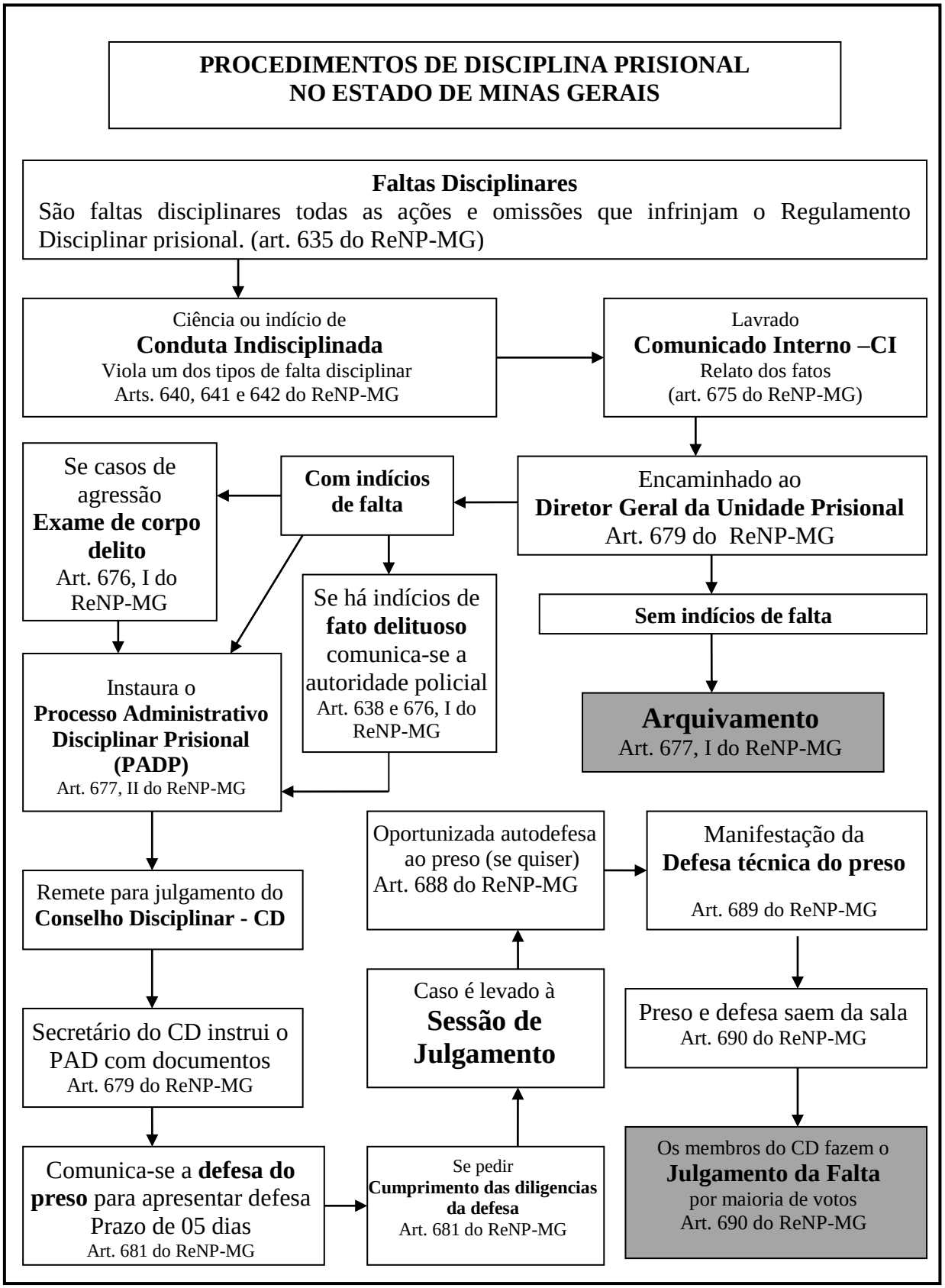
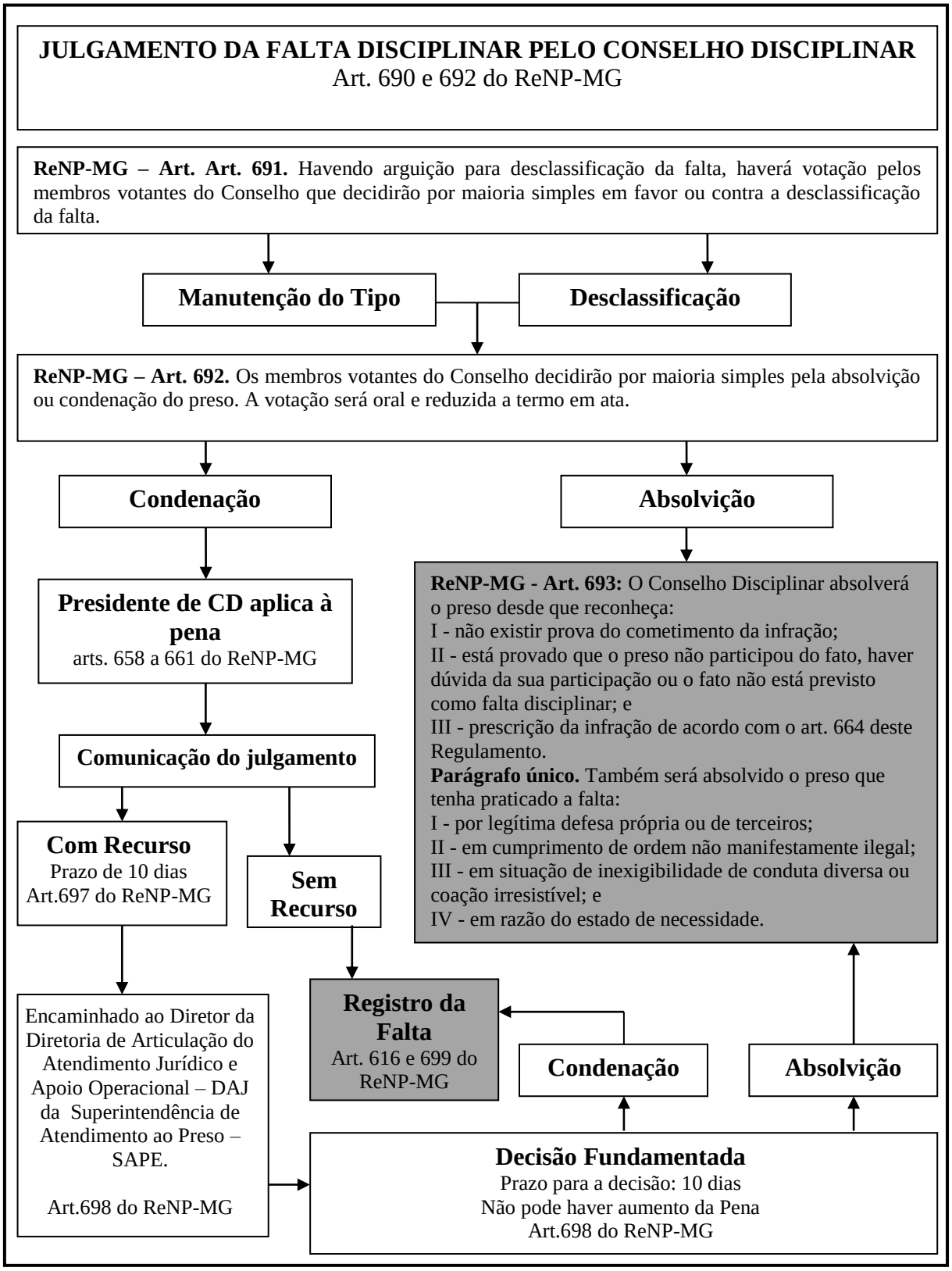


Figura 02 - Fluxograma das etapas do julgamento da falta disciplinar pelo conselho disciplinar.



2.3 Da Concessão de Benefícios/Recompensas: as premiações por bom comportamento

A Disciplina prisional, todavia, não é composta apenas pela sanção das condutas indisciplinadas, mas também pelo estímulo às condutas positivas que se adéquam ao programa disciplinar e ao tratamento prisional, que ocorre por meio da concessão de benefícios. Assim, dispõe o art. 630 do ReNP-MG, com redação quase idêntica ao art. 55 da LEP[345]; que: "as concessões de benefícios têm em vista a não ocorrência de faltas disciplinares, o comportamento do preso, sua colaboração com a disciplina e a sua dedicação ao trabalho e ao estudo". A LEP (art. 56)[346] definiu como benefícios: o elogio e a concessão de regalias; mas não os detalhou, deixando para as "legislações locais" definirem "[...] a natureza e a forma de concessão de regalias" (art. 56, parágrafo único)[347], o que foi cumprido, em Minas Gerais, pelos regulamentos disciplinares prisionais.

Ocupa-se, nessa parte, do trabalho da análise dessas duas formas de recompensa, iniciando pelo elogio, seguindo pela concessão de regalias e finalizando com uma análise sobre a distorção dos direitos como regalias.

2.3.1 O Elogio

O elogio se refere ao reconhecimento expresso, por parte da administração prisional, "[...] da boa conduta do sentenciado nos vários setores de atividade (disciplina, aprendizado, trabalho etc.), marcando o mérito do condenado e servindo de estímulo para que persevere na reta intenção de emendar-se e readaptar-se futuramente à vida social" (MIRABETE, 2000, p. 148). Seus efeitos, no entanto, se estendem para além do reforço psicológico da boa conduta do preso, afinal, o elogio é registrado e serve como atestado abonador da administração de que a pessoa vem cumprindo positiva e adequadamente com seus deveres e com o tratamento prisional proposto. Assim, a anotação do elogio serve como referência às futuras classificações da conduta do preso, ajudando-o, por exemplo, na avaliação do requisito

[345] LEP – Art. 55: As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho.
[346] LEP – Art. 56. São recompensas: I - o elogio; II - a concessão de regalias. [...]
[347] LEP – Art. 56: [...] Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

subjetivo de vários direitos prisionais como: saída temporária[348], progressão de regime[349], livramento condicional[350], entre outros em que o bom comportamento é exigido.

Para que o elogio ocorra o art. 631 ReNP-MG[351] estabelece que, constatado o bom comportamento do sentenciado, o Diretor ou qualquer outro funcionário da unidade prisional podem propô-lo, por escrito, à Comissão Técnica de Classificação (CTC) que, por sua vez, avaliará a proposta e decidirá pela concessão ou não do benefício. Caso o CTC concorde com a realização do elogio, ele será lançado junto ao Sistema de Informações Penitenciárias (INFOPEN)[352], anotado no prontuário do preso[353] e publicizado, se isso não representar um risco à integridade física do preso (art. 616, parágrafo único do ReNP-MG[354]). O procedimento aqui disposto é muito próximo ao que já era previsto no REDIPRI-MG (regulamento antecessor), com apenas uma diferença: o órgão responsável pela concessão do elogio era o Conselho Disciplinar (CD), não o CTC.

2.3.2 A Concessão de Regalias

A concessão de regalias consiste na outorga e promoção, por parte da administração prisional, de privilégios aos presos que ostentam bom comportamento, proporcionando a eles, por meio de atividades recreativas e/ou do arrefecimento de algumas das restrições latentes impostas pelo regime prisional, condições e situações que, de certa forma, aliviam o sofrimento imposto pela intervenção prisional. Diferentemente dos elogios, que constituem benefício pontual sem efeito imediato no regime prisional imposto ao indivíduo, as regalias

---

[348] LEP – Art. 123: A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: **I - comportamento adequado**; [...] (grifei)

[349] LEP – Art. 112: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e **ostentar bom comportamento carcerário**, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (grifei)

[350] CP – Art. 83: O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] III - **comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena**, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto. [...] (grifei)

[351] ReNP-MG – Art. 631: A Comissão Técnica de Classificação, por proposta escrita de Diretor ou funcionário da Unidade Prisional, avaliará a concessão do elogio ao preso que se destacar, bem como o comportamento do preso. [...]

[352] ReNP-MG – Art. 616: Toda falta disciplinar cometida pelo preso e as respectivas sanções serão imediatamente lançadas no Sistema de Informação, assim como o elogio e a recompensa por ele recebida.

[353] ReNP-MG – Art. 700: A conduta do preso será definida pela análise de seu prontuário, da ficha disciplinar e do Programa Individual de Ressocialização (PIR), onde serão anotadas todas as faltas por ele cometidas, as faltas em apuração, as sanções disciplinares aplicadas, como também os elogios e recompensas recebidos, bem como pelo acompanhamento da Comissão Técnica de Classificação.

são concedidas com efeito contínuo e impactam diretamente a rotina e o regime prisional imposto ao indivíduo. Intenta-se, dessa forma, estimular a adoção de bom comportamento nos presos condicionando sua vontade/desejo por melhores condições, à adequação ao regime prisional imposto, que, em função da constante ameaça do fim das regalias em caso de indisciplina, incita uma atenção perene à postura disciplinada para que se mantenham os diferenciais da rotina na continuidade dos privilégios, afinal, enquanto o comportamento disciplinado persistir, persistem com ele as regalias.

Atualmente são regalias disponíveis aos presos do estado de Minas Gerais as dispostas no art. 632 do ReNP-MG, quais sejam:

> ReNP-MG – Art. 632. O Diretor Geral da Unidade Prisional, levando em consideração a conduta e disciplina do preso, poderá fazer as seguintes concessões e regalias:
> I - visitas extraordinárias;
> II - participação em práticas e espetáculos educativos e recreativos promovidos pela Unidade Prisional, tais como:
> a) frequência à prática de esportes no âmbito da Unidade Prisional;
> b) assistir a espetáculos artísticos, culturais ou de entretenimento; e
> c) utilização da biblioteca ou empréstimo de livros para serem lidos na própria cela para os presos que não estudam.
> III - utilização de aparelhos de rádio e televisão, de propriedade do preso, na própria cela, nos termos deste Regulamento.

A concessão dessas regalias é, como se evidencia da leitura do artigo supracitado, competência do Diretor Geral da Unidade Prisional que, constando o bom comportamento, poderá conceder de forma progressiva as regalias dispostas acima. Assim, na media em que vai apresentando consistência em sua postura de retidão; mantendo comportamento adequado, apresentando aproveitamento positivo em suas atividades escolares e laborais, dentre outras demonstrações de sua adaptação social (art. 633 do ReNP-MG[355]), o diretor vai paulatinamente disponibilizando as regalias ao preso. Todavia, da mesma forma com que o Diretor Geral da Unidade Prisional pode conceder regalias, ele pode retirá-las se o preso deixar de cumprir com a disciplina.

O término desse benefício, dentre os instrumento de controle apresentados, é o de aplicação mais fluída, até porque o regulamento disciplinar não estabelece nenhum procedimento interno, ou formalidade a ser seguido pelo diretor, na concessão ou retirada das regalias, ficando a critério dele o momento, a quantidade e a forma de realização dessas

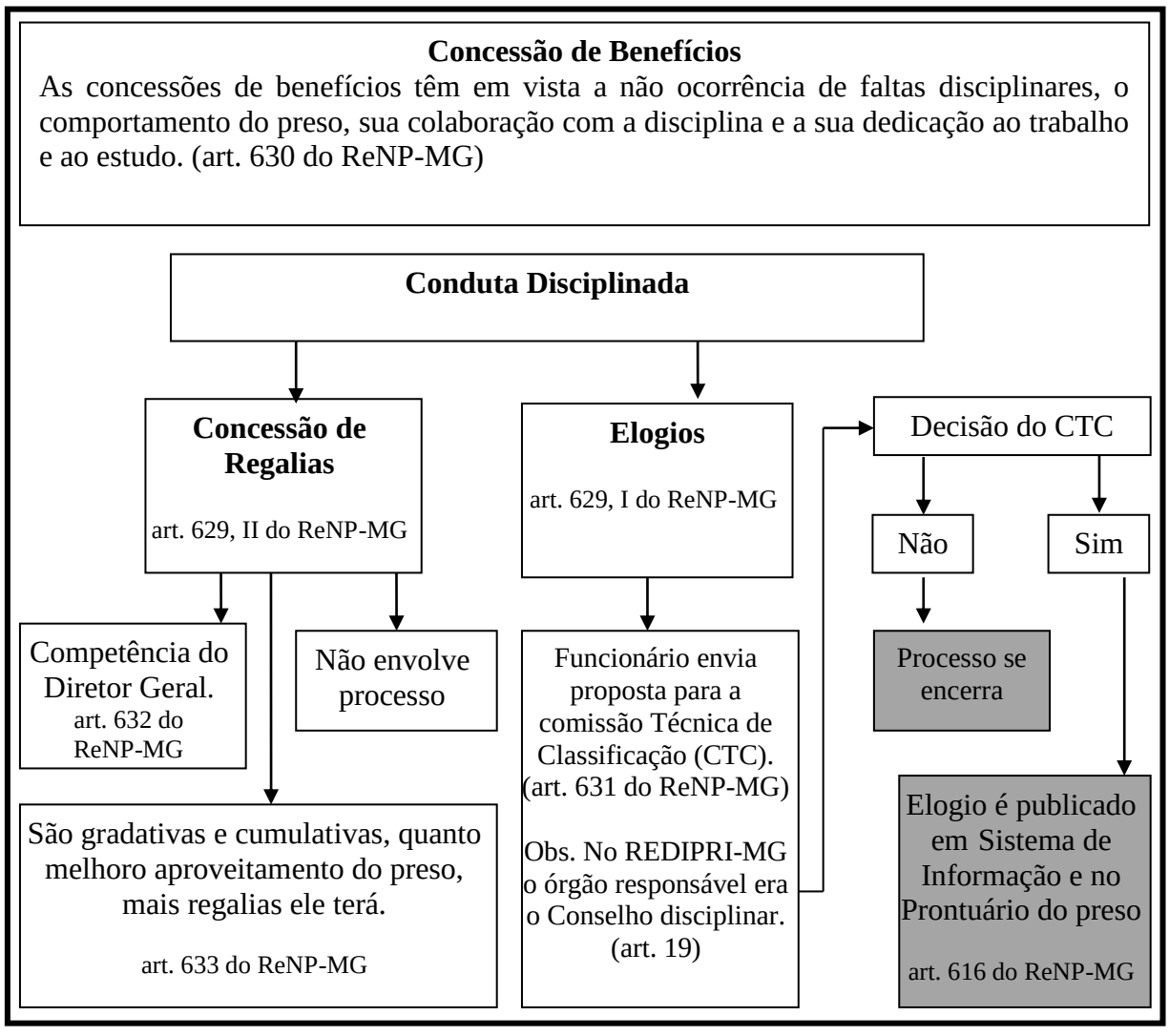
---

[354] ReNP-MG – Art. 631: [...] Parágrafo único. A publicidade do elogio deverá levar em conta a integridade física do preso.

[355] ReNP-MG - Art. 633: Os benefícios serão gradativos e relacionados ao índice de aproveitamento das atividades escolares e laborativas, ao grau de adaptação social e ao comportamento do preso.

regalias. O único limite imposto a esse poder está disposto no art. 634 do ReNP-MG[356], que veda a concessão de benefícios "[...] ao preso incluído no Regime Disciplinar Diferenciado ou àquele que estiver cumprindo qualquer sanção disciplinar". O que até certo ponto condiz com a lógica aplicada ao instituto, uma vez que o comportamento apresentado pelo preso para chegar àquelas condições viola a condição básica a concessão de regalias: o bom comportamento; além do mais o desfrute de regalias durante uma sanção disciplinar contradiz a própria essência da medida. Dessa forma, enquanto cumprir a sanção disciplinar no âmbito administrativo o preso não poderá usufruir de regalias, porém, cessado os seus efeitos da sanção, o preso poderá novamente recebê-las. Segue baixo, assim como se fez com o sistema coercitivo, fluxograma do sistema de concessão de benefícios (figura 03).

Figura 03 - Fluxograma das formas de concessão de benefícios estipuladas pelo ReNP-MG.



[356] ReNP-MG - Art. 634: Os benefícios não se aplicam ao preso incluído no Regime Disciplinar Diferenciado ou àquele que estiver cumprindo qualquer sanção disciplinar.

2.3.3 A Errada Confusão Entre Benefício e Direito

A concessão de benefícios apresenta-se, idealmente, como instrumento de manipulação da massa carcerária, que, diversamente das sanções por indisciplina, opera pelo reforço positivo dos comportamentos adequados, gerenciando os indivíduos pelo prazer e não pelo sofrimento. Todavia, a realização dessa função ideal do instituto depende da correta definição do que são regalias, pois, como alerta J. F. Mirabete (2000, p. 148), "[...] não podem ser elas o exercício de direitos já garantidos ao preso pela legislação, mas de um *plus* com referência aos demais que não o fizeram por merecer".

Ocorre que, não raro, a disponibilização de direitos são tomados como concessão de regalias, em razão de uma visão equivocada da relação de obrigações decorrente da execução penal, que, ignora os direitos dos presos e as obrigações da administração prisional, atribuindo àqueles, condições de subserviência absoluta, e a essa, licença para desrespeitar ou dosar os direitos garantidos aos presos. Uma confusão que permite o controle do bom comportamento do apenado a partir do condicionamento do que já lhe é de direito, trocando assim privilégio por direito e castigo por inépcia/ineficiência/inadequação estatal[357]. Todavia, não obstante essa seja prática comum do sistema prisional brasileiro, a realização dos direitos ordinários da execução penal não pode ser assumida como regalia, afinal, são obrigações naturais e cogentes ao Estado na garantia dos direitos dos presos em sua totalidade, não sendo possível classificar o mero exercício da lei ou a disponibilização de direito já constituído como regalia, já que eles são devidos independentemente da situação do preso que, lembra-se permanece com todos os direitos não atingidos pelo título executivo penal.

Assim, uma concepção consentânea de regalias, que busque cumprir com a função do instituto em reta atenção ao estado de direito, deve compreender apenas práticas e medidas que superam as obrigações do Estado para com o preso e seus direitos, ou que arrefecem obrigações imposta aos presos em razão da aplicação legal e escorreita das restrições manifestas e latentes à execução penal. Nesses contornos é possível limitar o universo das regalias para além da mera garantia do direito, uma vez que a flexibilização de obrigação incorre na diminuição de restrições e sofrimentos naturais e programados ao sistema, e não o alívio de uma situação de abuso, e, que a realização de práticas e medidas que vão além das

[357] Nesse sentido: "A atribuição de regalias em âmbito carcerário faz parte de uma política de organização e gerenciamento típica das instituições totais, em que o binômio privilégio-castigo é diuturnamente acionado. O que chama a atenção é que a conduta conforme as regras penitenciárias se dá por receio da perda de privilégios que, concretamente, não significam vantagens ou prerrogativas, mas simplesmente a ausência de privações, as quais as pessoas presas já não deveriam suportar." (ROIG, 2017, p. 279)

atribuições normais importam em melhoramento das condições e garantias do cárcere superando o que está disposto em lei. Ou seja, delimitar-se as regalias como práticas e medidas estranhas às obrigações ordinárias da execução penal.

3 A LEGITIMIDADE INTERNA E EXTERNA DA DISCIPLINA PRISIONAL

Nos moldes atuais a disciplina prisional é configurada como um instrumento de afirmação e reafirmação da estrutura totalizante, paternalista e amplamente restritiva do sistema prisional, estabelecendo rotinas de dominação e subjugo dos presos através de práticas que insistem na constrição de indivíduos já derrotados e rendidos[358] pelo sistema penal. Como se faz notar, essa conjuntura assumida pela administração prisional e seus agentes é fruto das ordens tomadas a partir das finalidades anunciadas à disciplina prisional dentro do sistema de penas, e a forma como elas são assumidas definem a tônica das regras disciplinares e a extensão e rigidez das rotinas das unidades prisionais. Nesse sentido, as finalidades associadas à disciplina prisional, juntamente com o argumento de manutenção da ordem para a necessária garantia da segurança, afetam diretamente a situação de direitos dos presos e o nível de restrições impostas aos indivíduos submetidos às medidas de intervenção, representando fator determinante do âmbito de sofrimentos infligidos pela aplicação concreta da pena. Assim, os valores e ideias proscritos a disciplina prisional vão informar e legitimar a atuação da administração pública que, segundo aqueles preceito dirigirá e justificará suas decisões e práticas. É o que se observa, por exemplo, com a adoção das justificativas e a incorporação normativa das ideologias de ressocialização que assumem a disciplina prisional como instrumento de realização do tratamento prisional, cujos programas de ortopedia social e emenda dos presos direcionados à ressocialização permitem o Estado avançar sobre os mais diferentes aspectos da vida do sujeito, controlando o corpo, o tempo, a consciência e o ânimo dele a fim de alcançar o fim proposto por meio da disciplina prisional.

Tendo isso em vista, busca-se, pelo presente capítulo, avaliar a forma com as diferentes funções atribuídas à disciplina prisional podem influenciá-la e as consequências de sua adoção para o conjunto de direitos e obrigações impostas aos indivíduos submetidos à medida de intervenção penal punitiva ou cautelar. Desta forma, não importa, nesse momento,

---

[358]"Hay entre nosotros un diverso amparo que envuelve y acompaña a cada sujeto, que le rodea, escuda y rescata: es esa dosis variable de poder que cada quien ostenta, cualquiera que sea su fuente, y con la que cubre soledad y desnudez y avanza, de alguna manera armado, su propio trecho de vida. Pero hay otros que nada tienen que les guarde, que han de afrontar la existencia a pecho descubierto: son éstos los que hoy nos interesan, y entre todos, en medio de esta vasta familia de débiles y de famélicos, de simples seres humanos, los "más pobres entre los pobres", los derrotados: los prisioneros. Los otros débiles han perdido batallas informales contra el tiempo, la salud, el azar o la esperanza. Tienen también, es cierto, la calidad de vencidos, pero en todo caso su título es tenue, a veces precario y siempre oficioso. No ocurre lo misma con el preso: él es algo más – que en el fondo le hace mucho, pero mucho menos -: es el enemigo vencido en un combate formal, solemne, litúrgico, contra la entera sociedad. […] Se trata, pues, de un miserable oficial, de un enemigo diplomado." (RAMIREZ, 1975, p. 21)

a descrição da realidade prisional acerca das normas de disciplina prisional, nem mesmo as condições e justificações que o sistema atual efetivamente satisfaz com suas práticas, mas sim avaliar as proposições que buscam legitimar no âmbito das justificações externas e dos critérios de validade interna as atitudes assumidas pela disciplina prisional no cumprimento de suas finalidades. Com isso, procura-se trabalhar criticamente as justificações externas e a legitimação interna das normas disciplinares analisando, a partir de uma base de valores garantistas de maximização da liberdade e minimização do arbítrio, o ponto de conflito entre as finalidades impressas à disciplina prisional; dando especial atenção ao conflito que surge da aplicação da função corretiva de pena, pautada por ideologias de ressocialização do preso; e os princípios elementares do estado de direito garantista que impõem, entre outros, a separação laica entre direito e moral e a proteção da autonomia e da liberdade de pensamento dos indivíduos.

Nesse estado de coisa, o presente capítulo se ocupa da análise da disciplina prisional sobre o que Ferrajoli chama de *razão **do** direito penal* e *razão **de** direito penal*[359].

A primeira, *razão **do** direito penal*, faz referência às *proposições prescritivas* das ideologias e doutrinas de justificação externa que racionalizam, a partir da incorporação de determinados sentidos axiológicos e políticos ao *potentia puniendi*, a pena e, consequentemente as normas de disciplina prisional. Trata, dessa forma, da atribuição de valores, interesses e finalidades, extrajurídicas ou metajurídicas, ao aparato de repressão que servirá à justificação e legitimação para a sua realização, a partir do ideal de *justiça* construído em função dos elementos externos invocados, como, por exemplo, "[...] com base em critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares [...]" (FERRAJOLI, 2010, p. 199). Logo, refere-se aqui ao plano de justificação externa, no qual se procura a conformidade da doutrina de justificação com valores ético-políticos assumidos segundo concepção substancial ou extrajurídica de justiça eleita, ou seja, da visão de *justiça*

[359] L. Ferrajoli estabelece três sentidos diversos à palavra "*razão*" utilizado no título de sua obra (*Direito e Razão: teoria do garantismo penal*); *razão **no** direito penal*, *razão **do** direito penal*, *razão **de** direito penal*; cada qual representando uma ordem de fundamento do direito penal trabalhada por ele ao decorrer da obra. Esclarece o autor que: "No primeiro sentido, mais propriamente teórico, 'razão' designa o tema – pertencente à epistemologia do direito – da racionalidade das decisões penais, isto é, do sistema de vínculos e de regras elaborados sobretudo pela tradição liberal e dirigido a fundar (também) sobre 'conhecimento' ao invés de (somente) sobre autoridade, os processos das imputações e de sanções penais. [...] No segundo sentido, axiológico e político, a palavra 'razão' designa o tema – próprio da filosofia do direito – da justiça penal, ou seja, das justificações ético-políticas as qualidade, da quantidade e antes ainda da necessidade das penas e das proibições, além das formas e dos critérios das decisões judiciais. [...] No terceiro sentido, normativo e jurídico, o termo razão designa, enfim, o tema – pertencente à *ciência penal*, ou seja, à teoria geral do direito e a dogmática penal de cada ordenamento – da *validade* ou coerência lógica interna de cada sistema penal positivo entre os seus princípios normativos superiores e as suas normas e as suas práticas inferiores." (FERRAJOLI, 2010, p. 16)

afeita a um instituto específico ou ao direito penal como um todo, mas que se desenvolve por meio de princípios normativos externos a ele[360]. Neste ponto, o principal objeto de estudo e crítica desse trabalho recairá sobre as *teorias da pena*, que, por definição, cuidam das incursões filosóficas sobre o *dever ser* da pena ao atribuir-lhe funções externas úteis. Analisando os aspectos gerais das principais doutrinas de justificação será possível estabelecer as influências prováveis de suas concepções (substanciais ou extrajurídicas) de justiça sobre as normas de disciplina prisional.

A segunda, *razão **de** direito penal*, ocupa-se da análise da legitimidade interna dos diferentes níveis normativos do sistema de coerção penal positivo, avaliando a coerência e a adequação lógica das normas e práticas inferiores em relação às normas e princípios normativos superiores. Ou seja, trabalha a *validade* (formal e substancial) de determinadas práticas, institutos e normas a partir da adequação desses ao sistema constitucional e às normas de direito, que regulamentam as formas de produção e os requisitos materiais a serem cumpridos por eles (FERRAJOLI, 2010, p. 199). Isto é, avaliando sua conformação como os valores e princípios fundamentais de sobrelevação do homem e da forma de governo democrático[361]. Neste ponto, é importante deixar claro, analisa-se apenas a legitimidade interna das finalidades atribuídas à disciplina prisional, não se ocupando, nesse momento, da análise de legalidade dos diferentes institutos disciplinares, que será objeto de outro capítulo. Assim, concentra-se sobre o estudo e as críticas desenvolvidas sobre possibilidade ou não de um modelo dirigido à ressocialização dentro paradigma do estado de direito, no qual normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais variam entre: o respeito e a proteção ao direito de liberdade de pensamento, intimidade, livre consciência e autonomia de vontades e a possibilidade do Estado impor medidas de ortopedia social e emenda dos presos na busca pela ressocialização.

É importante esclarecer que os dois âmbitos de análise indicados acima não se comunicam, na medida em que uma trata de proposições do ser (referente ao direito de fato) e a outra de prescrições do dever ser (de natureza axiológica), o que demanda um estudo em separado de cada um deles. Sobre essa distinção L. Ferrajoli (2010, p. 205-207), em atenção aos conceitos de doutrina e teoria, aponta que o resultado das incursões realizadas pela *razão*

---

[360] Importante esclarecer de plano que não se pode falar, nessa ordem, de proposições verdadeiras ou falsas, mas de proposições aceitáveis (justas) e inaceitáveis (injustas), pois, como se desenvolve a partir de valores, impossível uma verificação que não seja valorativa, ou seja, são respostas refutáveis com base exclusivamente em valores, nunca em fatos.

[361] Diferente do que foi apontado na nota de rodapé 360, *razões de direito penal*, referem-se ao juízo de validade derivado da análise de proposições assertivas, ou seja, empiricamente constatáveis, razão pela qual não se trata

de direito penal é a definição de teorias descritivas; divididas entre teorias explicativas da função (descritiva de fatos) ou da motivação (descritiva de direito); enquanto a *razão do direito penal* se expressa através de doutrinas normativas, que definem os modelos de justificação a partir da análise dos valores ético-políticos considerados justos. A confusão entre estes dois sentidos, apesar de comum, viola o princípio metalógico expresso pela Lei de Hume, segundo o qual, não se podem extrair premissas prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas e vice-versa, ocasionando a assunção indevida de teorias como doutrinas e de doutrinas como teorias. Como cada sentido adotado se realiza sobre uma matéria distinta, a primeira relativa a fatos e a segundo relativa a valores, a derivação de uma matéria da outra não é possível. Nesse passo, não se pode extrair as finalidades (dever ser) da pena através da observação de seus efetivos efeitos (ser), nem se pode definir as funções e os efeitos da pena (ser) a partir das finalidades (dever ser) por ela proposta, sob pena de se incorrer nas duas falácias derivativas da Lei de Hume: a falácia naturalista e a falácia normativista. Na primeira, falácias naturalista, derivam-se prescrições de asserções, ou seja, o dever ser do ser; e da segunda, falácia normativista, derivam-se asserções de prescrições, derivam o ser do dever ser. Forçoso, portanto, que a análise realizada nesse capítulo sobre as justificações externas e a legitimidade interna se desenvolva separadamente[362].

Assim sendo, o objetivo do presente capítulo concentra sua análise sobre os argumentos de justiça e validade postos respectivamente pelas doutrinas de justificação e teorias de legitimação interna para justificar as decisões e atitudes tomadas no âmbito de incidências do regime disciplinar prisional. Contudo, antes de desenvolver o conflito existente em cada um dos pontos, faz-se importante estabelecer os contornos e mandamentos do princípio de separação entre o direito e a moral e seu pleito secularizador, tanto no plano metajurídico e meta-ético das justificações externas, quanto no sistema normativo brasileiro do qual se infere a legitimidade interna. O princípio, como já foi informado, é determinante a aplicabilidade ou não da função corretiva da pena na execução penal, o que justifica um estudo mais detido sobre ele, mas esse não é a única, nem a principal razão de estudá-lo aqui. O dispositivo meta-ético e metajurídico de separação entre direito e moral proposto por ele

---

aqui de mera opinião ou escolha política, mas de verdade, uma vez que a teoria proposta pode ser constatada e refutada com base em fatos.

[362] Segundo L. Ferrajoli (2012, p. 20), a confusão entre juízos jurídicos de validade e juízos axiológicos de justiça são comumente observadas em concepções que interligam as duas esferas acreditando que uma deriva da outra. Algumas, como as teses jusnaturalistas, acabam incorrendo na falácia naturalista ao defenderem que as teorias de legitimação interna derivam das doutrinas de justificação; enquanto outras, como as teses ético-legalistas, invertem a lógica dizendo que as doutrinas de justificação derivam das teorias de legitimação interna, incorrendo, nesse caso, na falácia normativista.

informa um dos principais limites democráticos ao poder punitivo estatal que, ao separar em campos distintos direito e moral, consterna a imposição dos sofrimentos e restrições da pena orientados por posicionamentos substancialistas, garantindo uma análise mais objetiva e tolerante dos elementos estudados.

O capítulo continua, em seguida, com uma análise sobre o ponto de conflito entre os mandamentos de garantia do indivíduo próprios dos Estados democráticos de direito, e os argumentos de justiça postos pelas doutrinas de justificação que atribuem ao poder punitivo determinadas funções que acabam influenciando na forma como a disciplina prisional é aplicada no Brasil. Assim, o capítulo desenvolve as diversas doutrinas de justificação externas analisando os impactos possivelmente gerados por sua adoção sobre a forma de execução da disciplina prisional e sua adequação ao princípio e valores elementares ao estado de direito, especialmente o princípio de separação entre direito e moral, dando especial atenção ao conflito entre esse princípio e objetivo ressocializador imposto à pena. Após realizada a tarefa sobre a perspectiva das *razões do direito penal*, passa-se ao exame das *razões de direito penal*, pelo qual se expõe os objetivos legalmente assumidos na realização sanção penal no Brasil, especialmente à pena privativa de liberdade, e se esses estão de acordo com as demais normas do sistema brasileiro. Importante deixar claro que não existe aqui a pretensão de constituir uma doutrina de justificação da disciplina prisional, o que demandaria uma completude e uma profundidade que o presente trabalho não dispõe.

3.1 O princípio de separação entre direito e moral

A separação entre direito e moral, elementar às formas de governo democráticas sendo inclusive apresentada como a principal característica do modelo republicano de governo, figura no plano metajurídico e meta-ético como elemento substancial à garantia da liberdade dos indivíduos e estabelece a liberdade de pensamento como fronteira intransponível à intervenção estatal. Desta forma, a doutrina de separação entre o direito e a moral estabelece os pressupostos necessários para que a atividade punitiva estatal possa, a partir do princípio de secularização, desenvolver de forma mais objetiva e tolerante as relações decorrentes daquele poder, afinal, ela limita a ingerência externa sobre o foro íntimo do homem, protegendo a autonomia da consciência e a liberdade de pensamento.

Grosso modo, o princípio estabelece o direito como espaço de interlocuções independentes e desvinculadas de concepções morais, ao mesmo tempo em que situa as prescrições morais em um campo autônomo das normas de direito postas. Nesse sentido, L.

Ferrajoli (2010, p. 204) aponta o duplo sentido alcançado a partir dos ideais liberais iluministas pela proscrição de secularização desencadeada pelo processo de distinção, separação e laicização do direito e da moral no início da Idade Moderna que desvencilhou aqueles elementos de "[...] qualquer liame com supostas ontologias de valores". O primeiro sentido marca a autonomia do direito que não precisa reproduzir os mandamentos oriundos de ditames predeterminados "ontologicamente" ou "axiologicamente" a partir de sistema metajurídico, seja ele moral, divino, natural ou racional, já que não está vinculado a qualquer conexão ou imposição estabelecida por eles. O segundo, em sentido inverso, define a autonomia da moral em relação ao direito ou "[...] qualquer outro sistema positivo de normas - religiosas, ou sociais, ou de qualquer outro modo objetivas - mas, apenas e tão-somente, na autonomia da consciência individual".

O surgimento de forma determinante do princípio de separação entre direito e moral remonta ao movimento ideário iluminista, sendo o resultado da mudança de paradigma ocorrida a partir do séc. XV, quando há "[...] uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s)" (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 5). O pulular de transformações e descobertas vivenciadas a partir do final da Idade Média e mais notadamente durante a Idade Moderna[363] provocou a mudança de paradigma na posição que o homem ocupava no mundo[364] a partir da quebra dos dogmas religiosos deterministas[365] e do fervilhar do pensamento humanista. As principais mudanças operadas por essa transição foram: a retomada do saber racional, que rompe com a perspectiva ontológica de verdade teísta; e a

[363] Nesse sentido, pode-se elencar mudanças, *v.g.*: no campo político, como a descoberta das Américas pelos europeus, as disputas por territórios e colônias e o fortalecimento dos Estados nação; no campo econômico, como o progresso social das cidades mercantis, a expansão das fronteiras com o comércio marítimo e o fortalecimento da economia capitalista; e no campo das ciências e do conhecimento, com a invenção da imprensa (essencial para a difusão de conhecimento), a difusão das universidades (que quebram o monopólio religioso do ensino), a retomada da cultura greco-romana, a superação do geocentrismo e outros avanços científicos no campo da astronomia, da física, matemática, química, medicina, filosofia, etc., que proporcionaram uma maior compreensão do mundo e do homem.

[364] O ser humano, deslocando o divino da posição central que ocupava, passa, ele mesmo, a ocupar aquela posição, o que alterou a sua visão sobre o mundo, sobre o divino e sobre si mesmo. Sem as amarras deterministas do discurso religioso que propunham um destino predeterminado de miséria ou fortuna, uma ordem natural insuperável, e uma verdade preestabelecida, universal e absoluta, o homem (re)conquista sua liberdade e se transforma na principal referência e medida para as coisas.

[365] No medievo a condição servil e submissa do homem sorvia, sem escolha ou resistência, as justificações teleológicas mantenedoras de uma situação de conformidade para com o plano de vontade e verdades postas pela ordem divina. Nesse sentido esclarecem A. B. de Carvalho e S. de Carvalho (2002, p. 6) que: "Toda explicação dos fenômenos mundanos era fornecida com base nas doutrinas clericas, ocasionando não apenas um entrelaçamento entre moral e ciência mas, fundamentalmente, entre moral e política, e, em decorrência, entre moral e direito (penal). Das fundamentações cosmológicas do mundo presentes na Antiguidade, a teologia passa a fornecer, desde a consolidação do cristianismo, todas respostas necessárias para a compreensão do homem. Assim, 'a' verdade passa a ser *dada* desde uma perspectiva teocêntrica."

valoração da liberdade como um direito natural antropologicamente fundado, superando assim o jusnaturalismo teológico. Nesse sentido, a racionalidade atinge o status de principal instrumento analítico e crítico, reposicionando o ser humano no centro das principais discussões filosóficas e naturais; enquanto a liberdade - inata, universal, inalienável e indissociável - é estabelecida como um direito natural do ser humano, alcançando o mais alto posto dentre os valores humanos que devem ser garantidos a todos.

> Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do 'Novo Mundo' no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual liberdade e igualdade se opõem à servidão, o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. Da exclusão do diverso nasce a idéia de tolerância, da barbárie inquisitiva afloram teorias civilizatórias. Surge o racionalismo, e a capacidade crítica do homem é revelada. (CARVALHO, 2008b, p. 24)

A visão teísta dos direitos naturais, estruturada sobre conceitos metafísicos teológicos, dominante na Idade Média foi gradativamente superada em função da mudança de paradigma indicada acima que, em substituição, concebeu uma noção laica de direitos naturais e universais inatos do ser humano. Inaugura-se uma nova posição de preponderância e respeito dos valores humanos, em especial a liberdade e a igualdade, que influenciaram sobremaneira a forma como os homens encaravam o mundo e concebiam as relações sociais.

A compreensão do âmbito de liberdades do ser humano excedia a mera liberdade de ir, vir e permanecer, atribuindo-lhes autonomia para gerir todos os planos relacionais de sua existência, inclusive no plano intelectual, uma vez dotado de liberdade de pensamento, de crença e de consciência.

Dessa noção de liberdade exsurge a idoneidade da diversidade humana, na medida em que acolhia o contexto plural para o seu desenvolvimento a partir da potencialidade e proeminência próprias daquele valor. Nesse passo, a pluralidade humana e o imperativo de respeito às liberdades e à autonomia dos indivíduos formam o elemento essencial para o desenvolvimento do ideal de tolerância que acabou desencadeando o movimento pela separação entre direito e moral em um postulado secularizador que, de imediato, significou a separação entre Estado e Religião.

O princípio de separação entre direito e moral assegura a autonomia do ser, a liberdade de pensamento, a liberdade de credo, a liberdade de consciência, sendo ilegítima qualquer intervenção sobre o ser buscando a repressão de elementos e características do seu foro íntimo. Internamente o homem é livre para nutrir os sentimentos, crenças e perversões que quiser e lhe couber, inclusive os pensamentos mais hediondos e aviltantes. Nesse passo, L.

Ferrajoli (2010, p. 208) é categórico ao afirmar, quanto às implicações do princípio da separação entre direito e moral, que: "o cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* internamente ruim e permanecer aquilo que é". Essa frase, apesar de simples, indica claramente a lógica de cisão do postulado de secularização onde a adequação às normas de direitos, expressa pelo dever de cumprir a lei e não cometer crimes, não mantém relação com juízos morais cultivados pelo indivíduo, importando ao direito as manifestações externas traduzidas em condutas culpáveis que lesionam a terceiros[366], único âmbito no qual a intervenção estatal está autorizada.

> Com o processo ilustrado de separação entre direito e moral, coube ao direito penal a proibição, comprovação e repressão de condutas lesivas a bens jurídicos concretos. Excluiu-se a possibilidade de atuar como instrumento de imposição ou reforço da moral. Exsurge, pois, da sua tradição ilustrada, como princípio garantidor da dignidade do homem, propiciando o pluralismo e resguardando determinada esfera da pessoa na qual é ilícito proibir, julgar e punir: a esfera do pensamento, das idéias, das paixões e das convicções. (CARVALHO, 2008b, p. 157)

Nos modelos em que a confusão entre direito e moral acontece, como o já mencionado jusnaturalismo teológico, a heresia é a forma típica de crime, na medida em que delito e pecado partilham do mesmo conceito e grau de reprovação. A transgressão da ordem ocorre tanto pela realização de condutas proibidas quanto pelo simples questionamento, negação ou oposição às doutrinas e verdade impostas. Nesse sentido, a repressão penal em defesa da ideologia dominante assumia uma concepção substancialista, estendendo-se sobre as convicções e pensamentos do indivíduo. O combate ao crime/pecado acaba por recair sobre a perversidade e periculosidade atribuídas ao desviante sendo o indivíduo punido em resposta a sua essência tida como desvirtuosa, tóxica e maléfica pela moral dominante. Já nos modelos instituídos em atenção ao princípio de separação entre direito em moral, os instrumentos formais que compõem o poder punitivo institucionalizado são direcionados única e exclusivamente às condutas que resultam dano ou perigo de dano "[...] exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito" (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p. 8). Observa-se com isso a substituição de uma visão substancialista (*mala in se*) de persecução e punição do infrator/herege, por um modelo formal (*mala prohíbíta*) de definição, verificação e punição do delito, no qual o Estado se ocupa do resultado finalístico externado em risco ou prejuízo a

[366] Nesse sentido: "Ao Estado, o que interessará é o fato correspondente à lei. As intenções e vontades não serão consideradas senão como explicativas da natureza e do significado do fato ilícito." (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 12)

bens jurídicos ao invés de se ocupar da natureza ontológica de perversidade e periculosidade do ser (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 7-9).

Como principal elemento de definição e imposição do tom liberal minimizador do poder de intervenção punitiva estatal, a secularização implicada pela separação entre direito e moral estabelece uma barreira clara a todos os níveis de exercício da coerção penal, implicando limites a todos os agentes e agências da criminalização. Assim, leciona L. Ferrajoli (2010, p. 208) que a consequência da adoção escorreita do princípio de separação entre o direito e moral influencia cada um dos campos da ciência normativa penal de forma diferente, e não poderia ser de outra forma, já que cada um deles representa um momento da atuação símbolo do exercício de coerção penal expresso pela tríplice: definição, verificação e punição; que representam respectivamente o direito penal, o direito processual penal e a execução penal. Nesse segmento, a doutrina de secularização impõe limites ao exercício de cada um dos campos expostos acima, estabelecendo que: o direito penal "[...] não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros"; o processo penal deve corresponder a um julgamento que "[...] não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa"; a execução penal "[...] não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais [...]", não podendo "[...]servir nem para sancionar nem para individuar a imoralidade, também a sua execução não deve tender à transformação moral do condenado[...]" .

Como elemento metajurídico e meta-ético o princípio de separação entre direito e moral assume notável importância. O impacto causado pelas implicações do princípio da secularização foi determinante para a constituição e determinação dos elementares do estado de direito ao prescrever os preceitos consectários da base valorativa, principiológica e normativa das formas de governo democráticas, desde sua gênese liberal até a realidade contemporânea. Seus preceitos servem de fundamento, orientação e limite aos demais princípios do estado de direito, não sendo possível conceber, por exemplo, o princípio da humanidade sem a mínima garantia da autonomia do ser, ou o princípio da legalidade não fosse a separação imposta entre juízos morais e juízos normativos.

Não obstante o peso das implicações elencadas acima, o princípio também se vê incorporado às normas expressas do estado de direito, como verdadeiro princípio jurídico fundamental a constituição do estado e a garantia dos cidadãos, em desdobramentos que

conferem verdadeira força normativa aos consequentes do princípio da secularização e a garantia de autonomia do ser. Nessa perspectiva, pode-se dizer que no Brasil a separação entre direito e moral permeia o sistema jurídico constitucional indicando a adoção e prevalência do princípio da secularização e a garantia de autonomia do foro íntimo dos seres humanos. A própria adoção da República como forma de governo já indica a imposição daquele princípio que ocupa posição elementar entre as características de um governo republicano. Contudo, o princípio também pode ser deduzido de uma variedade de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos no art. 5º da CRFB/88, como, por exemplo: o direito à livre manifestação de pensamento disposto no art. 5º, IV da CRFB/88[367]; o direito e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença disposto no art. 5º, VI CRFB/88[368]; o direito à liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política disposto no art. 5º, VIII CRFB/88[369]; a inviolabilidade e o direito à intimidade e o respeito à vida privada disposta no art. 5º, X da CRFB/88[370]; e a garantia de livre manifestação do pensamento disposto no art. 5º, IX CRFB/88[371]. O respeito à autonomia intelectual do indivíduo, desenvolvida a partir dos princípios indicados, evidencia a adoção e a vigência do princípio de separação entre direito e moral no Estado brasileiro. Desta maneira, compete ao Estado garantir o exercício dessa prerrogativa de liberdade estando ele mesmo impedido de interferir sobre o indivíduo visando à imposição ou alteração na forma de pensamento e crença do ser humano.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que a separação entre direito e moral se faz necessária em função da natural pluralidade existente no plano axiológico. A pedra de toque desse postulado é o dever de tolerância e a autonomia da consciência individual, não só uma realidade, como também um valor do Estado Democrático de Direito. O pensamento é livre em cada indivíduo, assim como os valores morais e éticos por eles assumidos também o são. A imposição de qualquer valor moral, ainda que partilhado pela maioria, através do direito representa a apropriação inidônea do mesmo, e tem como consequência a submissão, não democrática, de uma parcela, geralmente de oprimidos, em relação à outra de dominantes.

---

[367] CRFB/88 – Art. 5º: […] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; […]

[368] CRFB/88 – Art. 5º: […] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; […]

[369] CRFB/88 – Art. 5º: […] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; […]

[370] CRFB/88 – Art. 5º: […] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; […]

[371] CRFB/88 – Art. 5º: […] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; […]

Hoje o princípio de separação entre o direito e a moral supera o âmbito de incidência da sua formação histórica iluminista, impactando de forma substancial e determinante a visão de democracia afeita à atualidade. Os diversos segmentos e atividades estatais, seja na atuação legiferante, executivo-administrativa ou judicial, bem como o próprio sistema jurídico estão sujeitos ao crivo de legitimidade interna e externa imposta pelo princípio, sendo possível e imperioso a averiguação do princípio a toda a atividade estatal e sistema legal, principalmente quando da definição e exercício do poder punitivo, a fim de se fazer observar a validade e a justiça daqueles elementos (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 17).

> Como consectário do princípio da humanidade emerge o princípio da secularização, o qual, afirmando a separação entre direito e moral, veda na execução penal a imposição ou consolidação de determinado padrão moral às pessoas presas, assim como obsta a ingerência sobre sua intimidade, livre manifestação de pensamento, liberdade de consciência e autonomia da vontade. (ROIG, 2017, p. 34)

Tendo isso em vista, o princípio de separação entre o direito e a moral também pauta a execução penal, abarcando todos os seguimentos da atividade estatal envolvidas no processo de definição, execução e controle das sanções penais. A afirmação desse princípio na execução penal visa garantir ao indivíduo que o Estado, se valendo do aparato formal de coerção, não manipule ou introjete valores e comportamentos sobre o apenado com a pretensão de transformá-lo para que se adéque a um determinado modelo, pois se o fizesse violaria sua autonomia e liberdade de pensamento. O que, em verdade, representa o contrário ao que se propõe a execução penal no Brasil, dado o viés corretivo e moralista associado à pena, que, inclusive, figura como um dos objetivos expresso da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Essa violação ao princípio de separação entre direito e moral será mais bem trabalhada quando da análise das teorias de prevenção geral positiva, que ocorrerá em seguida analisando essa função sobre os critérios de justiça das justificações externas, e, posteriormente com a análise da legitimidade interna (validade) dessa função. Por ora, basta adiantar que a pena realizada como tratamento reeducativo padece de legitimidade e fere preceitos constitucionais como a liberdade de consciência, liberdade de pensamento, direito a intimidade e o direito a autonomia de vontade, tão caros a qualquer estado que se pretenda verdadeiramente democrático.

Definidas as características e imposições do princípio de separação entre direito e moral, retoma-se o estudo do objeto central desse capítulo, qual seja, o impacto das doutrinas de justificação externa sobre a rotina e normas de disciplina das unidades prisionais.

Lembrando que não se aborda uma realidade específica, mas os efeitos dos discursos sobre as disciplina prisional e as funções que ela assumiria a partir deles.

3.2 A Influência das Doutrinas de Justificação Externa da Pena Sobre o Regime Disciplina Prisional

A privação de direitos e liberdades na execução penal representa o maior signo de violência e ingerência legitimamente realizável pelo Estado sobre um indivíduo, contudo, o controle social promovido a partir do sistema punitivo não se realiza apenas pela repressão direta dos delitos praticados por sujeitos verdadeiramente culpados (função punitiva manifesta). Todo o cotidiano da sociedade acaba sendo afetado pelo sistema de controle social organizado pelo poder punitivo, seja de forma aparente pela própria constituição e exercício daquele sistema - por exemplo, com a definição das condutas delitivas e sancionáveis que, por si só, já apresentam efeito proibitivo sobre a liberdade dos indivíduos; nos constrangimentos próprios da estafante e estigmatizante verificação de responsabilidade realizada através da investigação dos fatos e individualização das condutas, que independentemente da culpa do sujeito infligirá sofrimento aos envolvidos; com o sofrimento imposto ao indivíduo, e as pessoas próximas a ele, pela imposição das medidas punitivas e cautelares de intervenção penal; ou com os prejuízos (pessoais e sociais) ocasionados pelo que L. Ferrajoli (2010, p. 196) denominou *cifra da injustiça*, quando inocentes acabam envolvidos pelo exercício de coerção tendo de passar pelo penoso processo de verificação da culpa, e, em alguns casos, até mesmo sofrendo uma injusta sanção penal[372]; entre outros - ou velada, pela realização do *controle configurador positivo da vida social* exercido pelas agências de criminalização, em especial pelas agências policiais[373].

---

372 "Ao *custo da justiça*, que depende das escolhas penais do legislador - as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores soma-se um altíssimo *custo de injustiças*, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal; àquela que os sociólogos chamam de "cifra negra" da criminalidade - formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes - adiciona-se uma cifra, não menos obscura, mas ainda mais inquietante e intolerável, formada pelo número de inocentes processados, e, às vezes, punidos. Chamarei *cifra da ineficiência* à primeira, e *cifra da injustiça* à segunda, à qual pertencem: a) os inocentes reconhecidos por sentença absolutória, após terem se sujeitado ao processo e, não poucas vezes, ao encarceramento preventivo; b) os inocentes condenados com sentença definitiva e posteriormente absolvidos em grau de revisão criminal; c) as vítimas, cujo número restará sempre ignorado - verdadeira cifra negra da injustiça – dos erros judiciários não reparados." (FERRAJOLI, 2010, p. 196)

373 O termo, desenvolvido por R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 51/53), reconhece nas agências de criminalização, especialmente pelas agências policiais, um poder capaz de modelar e transformar as formas de vida social que, sobre o argumento superficial de prevenção, combate ao crime e manutenção da vida segura, afirma os próprios interesses das agências desenvolvendo práticas de controle sobre os indivíduos, sem o controle das agências jurídicas ou judiciais. As formas nas quais essas práticas podem se transfigurar é a mais variada possível, os

Posto isto, é inegável a constatação de que existe um custo para que se opere o conjunto de constrições do sistema penal, e, no estado de direito, esse custo intrínseco à estruturação e programação do exercício de coerção criminal deve ser justificado e criteriosamente balizado segundo os valores e princípios democráticos, uma vez que o ônus de suportá-lo recai sobre toda a sociedade[374]. Nesse sentido, o sistema penal constituído a partir do paradigma do Estado de democrático de direito não pode ser realizada como um mero exercício de poder. As medidas de constrição de direitos só podem ocorrer se atender aos requisitos de racionalidade e utilidade próprias do sistema democrático de primazia dos direitos e liberdades dos indivíduos e de limitação do poder punitivo soberano, afinal, o estado de direito emerge como uma garantia dos indivíduos contra o exercício ilimitado, injustificado e ilegítimo do poder. Um ideal de garantia que remonta a origem iluminista do estado de direito, quando a laicização do Estado e a valorização da liberdade, da igualdade e da dignidade humana inverteu o paradigma aristocrático-medieval de soberania estruturado sobre o determinismo teológico, instituindo aquela forma de governo como meio racional de garantia da liberdade (valor inato ao homem[375]) e dos direitos universais e inalienáveis dos seres humanos[376].

Nesse estado de coisa, a constituição e execução legítima do sistema punitivo estatal estão diretamente vinculadas à sua utilidade como instrumento indispensável e derradeiro à garantia da convivência social pacífica[377]. A regra é a garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos, mesmo daqueles que cumprem medida punitiva ou cautelar, haja vista a reserva de direitos assegurada aos sentenciados e presos provisórios, todavia, não havendo outro meio racional e menos gravoso para o controle social, a intervenção penal está autorizada como

---

autores elencam, a título de exemplo: "[...] a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a detenção por supostas contravenções, o registro das pessoas identificadas e detidas, a vigilância sobre locais de reunião e de espetáculos [...]". Trata-se, portanto, de uma forma de poder exercido pelas agências, que foge ao exercício direto da criminalização, proporcionando "[...] um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo do que a reduzida criminalização secundária" (ZAFFARONI et al., 2013, p. 52).

374 FERRAJOLI, 2010, p. 195.

375 "A liberdade, valor inato ao homem, deveria ser recuperada e tutelada contra qualquer forma de violação irracional, pública ou privada." (CARVALHO, 2008b, p. 28)

376 "Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do 'Novo Mundo' no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual liberdade e igualdade se opõem à servidão, o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. Da exclusão do diverso nasce a idéia de tolerância, da barbárie inquisitiva afloram teorias civilizatórias. Surge o racionalismo, e a capacidade crítica do homem é revelada." (CARVALHO, 2008b, p. 24)

377 "Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas." (ROXIN, 2006, p. 31)

ultima ratio do poder estatal[378], para que cumpra com seus objetivos. Sobre isso, J. E. X. Tavares (2004, p. 43), esclarece:

> Isto quer dizer que a legalidade da atuação estatal, no sentido de proteção, está ligada ao fato de que seu exercício é necessário a fim de evitar qualquer interferência de outros que impedem os direitos individuais, o que fundamenta a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo a determinada condição de garantia. Isso não significa, é claro, o uso de sanção penal, pois a função de garantia (impulsionada pelo exercício de um direito subjetivo dos cidadãos à protecção jurídica) deve, em qualquer caso, ser condicionada à preservação dos direitos humanos, que têm como seu princípio original a solução pacífica dos conflitos, dando como resultado que a pena não está dotada em si mesma de qualquer legitimidade, justificando a mesma apenas na medida de sua extrema necessidade. Quer dizer que não existe dever absoluto de punir.[379]

Dessa forma, ante o custo intrínseco da intervenção penal e a ordem primária de proteção aos direitos e liberdades dos indivíduos, o poder punitivo deve ser racionalizado e economizado, a fim de assegurar o maior grau de liberdade ao indivíduo e o menor grau de intervenção possível, sendo aplicado apenas como uma última opção. O que não poderia ser diferente já que a sua estruturação, desde a constituição das condutas proibidas até a resposta programada por ele às violações das normas postas, opera ordinariamente através do subjugo dos indivíduos restringindo-lhes comportamentos, direitos e liberdades, ou seja, o exato oposto do que pretende defender, sendo a violência a esses elementos a forma natural de expressão do poder punitivo[380]. Um poder legítimo, programado e, em sua concepção ideal, proporcional e indispensável, mas ainda sim: restritivo e violento[381], e por isso deve ser racionalizado e limitado.

---

[378] C. Roxin (2006, p. 33), referenciando a origem contratualista do Estado e do poder de punir, leciona: "Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.".

[379] No original: "Esto quiere decir que la legalidad de la actuación estatal, en el sentido de protección, está vinculada a que su ejercicio se hace necesario a fin de impedir cualquier interferencia de otros que impidan los derechos individuales, o que fundamenten la constitución de un derecho subjetivo de ese individuo a determinada condición de garantía. Esto no implica, por supuesto, el uso de la pena criminal, pues la función de garantía (impulsada por el ejercicio de un derecho subjetivo del ciudadano hacia la protección jurídica) debe estar de cualquier modo condicionada a la preservación de los derechos humanos, que tienen como principio original la solución pacífica de los conflictos, dando como resultado que la pena no está dotada en si misma de cualquier legitimidad, justificando la misma sólo en la medida de su extrema necesidad. Quiere decir que no existe un deber absoluto de punir".

[380] "É óbvio que as penas, se querem desenvolver a função preventiva que a elas tem sido atribuída, devem consistir em conseqüências desagradáveis, ou, em qualquer caso, em "males" idôneos a dissuadir a realização de outros delitos e a evitar que as pessoas façam justiça pelas próprias mãos. Direi, inclusive, que ser desagradável é uma característica insuprível e não mistificável da qualidade da pena, ainda que assim seja somente porque esta se impõe coativamente contra a vontade do condenado." (FERRAJOLI, 2010, p. 356)

[381] Nesse sentido: "O uso da força no interior de uma ordem jurídico-política seria sempre limitado por regras e centralizado em organismos determinados, visto a sanção jurídico-penal ser sempre, independente da espécie de pena aplicada, um *ato de violência*." (CARVALHO, 2008b, p. 116)

> No tratamento penal manifesta-se - em estado puro e na maneira mais direta e conflitual - a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. (FERRAJOLI, 2010, p. 196)

Pelo exposto, o exercício do poder punitivo sob o paradigma do estado democrático de direitos demanda um modelo racional e útil de justificação das intervenções penais, que devem se limitar às situações e propósitos erigidos segundo as razões associadas a ele, o que também se aplica à imposição de pena privativa de liberdade e, consequentemente, às normas de disciplina prisional, tendo em vista que a pena é parte integrante (e essencial) do sistema punitivo e a disciplina prisional, por sua vez, é um dos elementos componentes da pena.

Estabelecida a necessidade de justificação externa do exercício do poder punitivo, em especial das penas e da disciplina prisional, no Estado democrático de direito, inicia-se a verificação das doutrinas que se ocupam dessa tarefa a fim de determinar os efeitos e influências delas sobre as regras de disciplina prisional. Existe, no entanto, uma gama variada de doutrinas aplicadas por uma diversidade ainda maior de autores, que se ocupam dos diferentes argumentos de justificação da sanção penal, mas não se trabalha cada uma dessas perspectivas. Opta-se aqui por uma abordagem dos aspectos gerais das principias doutrinas de justificação externa da pena, unificando os principais aspectos das variadas proposições formuladas pelas correntes do pensamento e autores que se debruçaram sobre o tema, contudo, quando pertinente, destaca-se a proposta de autores cujas teses se sobressaem.

Por razões didáticas as doutrinas de justificação externa abordadas nesse capítulo serão separadas em dois grupos. O primeiro referente às *teorias positivas da pena* e o segundo referente a *teoria negativa da pena*, conforme classificação utilizada por R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 97-128). Essa classificação divide as doutrinas de justificação externa entre aquelas que atribuem a pena uma função capaz de transformar positivamente a realidade segundo os planos e efeitos da sua realização, e as que não vislumbram essa possibilidade preferindo acolher para a pena uma função limitativa minimizando os efeitos e danos naturais à sua realização.

Como se pode notar as *teorias abolicionistas* não serão abordadas no presente capítulo, pelo simples fato delas perquirirem a abolição da forma jurídico-penal de sanção já que não identificam nenhuma justificativa ao sistema de coerção penal institucionalizado pelo

Estado, tornando inviável a análise de um elemento interno àquele sistema, como a disciplina prisional, sendo que a própria existência e legitimidade dele são contestadas.

Dito isso, passa-se à análise do que R. E. Zaffaroni et al. (2013) denominou de teorias positivas da pena e o impacto dessas sobre as normas disciplinares da rotina prisional, para logo em seguida fazer essa mesma abordagem com a teoria negativa.

3.2.1 Teorias positivas da pena

As *teorias positivas da pena*, ou *teorias justificacionistas* como prefere L. Ferrajoli (2010, p. 236), idealizam o exercício formal do poder punitivo estatal como um instrumento útil à garantia e coerência do sistema social e jurídico, no qual a pena assumi função geral, manifesta e nuclear na realização direta ou indireta da *defesa social*[382]. Conforme mencionado acima é variado o número de teorias que se enquadram nessa descrição, cada qual com suas peculiaridades, contudo, pode-se identificar como elementos comuns a elas: a composição de um modelo racional de poder punitivo que confisca para o Estado (poder soberano) o direito de resolução dos conflitos penalmente relevantes estabelecidos entre indivíduos, alijando as pretensões de vingança da vítima naquela relação ao passo em que assenta o poder punitivo estatal como algo necessário e correspondente à defesa da sociedade como um todo. (ZAFFARONI et al., 2013, p. 114-115).

Segundo classificação escolástica, ainda corrente em obras de ilustres juristas como L. Ferrajoli (2010, p. 236) e C. Roxin (2006, p. 81-103), as *teorias positivas da pena* podem ser separadas entre *teorias absolutas* e *teorias relativas*. As primeiras dizem respeito às doutrinas que enunciam a pena com um fim em si própria, enquanto as segundas constituem a pena como um meio para a realização de um fim útil.

3.2.1.1 Teorias Absolutas da Pena

As *teorias absolutas* justificam a pena a partir de ideologias retributivistas em que o sofrimento do preso, em resposta ao mal por ele cometido, constitui a essência da sua realização, desvinculando-as de qualquer efeito social direto. Daí a escolha da denominação "absoluta" para classificá-las já que sua origem etimológica provém do latim *absolutus*, que

[382] "As distintas atribuições de função manifesta à pena são variantes da função geral de defesa social. Mesmo as construções que renunciam a todo conteúdo empírico e pragmático (as chamadas "teorias absolutas") chegam à defesa social por via indireta." (ZAFFARONI et al., 2013, p. 114)

significa desvinculado. A pena não busca (diretamente) um fim socialmente útil, nessa concepção, a imposição da pena se configura como a realização de um mal em retribuição ao mal causado pelo delito, justificando-a como um instrumento de expiação e reequilíbrio da culpabilidade do infrator, em moldes que remontam ao antigo *princípio do talião* (ROXIN, 1997, p. 81-82).

> São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. (FERRAJOLI, 2010, p.236)

Portanto, a matriz básica dessas teorias se fundamenta na imposição da pena como uma punição pelo ato passado, não guardando qualquer finalidade extrapunitiva. Trata, tão somente, da construção de uma justiça pela retribuição do mal gerado pelo delito, pelo mal imposto pela pena. A pena, nessa concepção guarda, portanto, um valor intrínseco.

A idéia fundadora dessas teorias encontra respaldo tanto sobre ideais religiosos quanto laicos. No primeiro bojo a retribuição vem junto às idéias de vingança, expiação e do reequilíbrio entre o delito (pecado) e a pena, que a partir de embasamentos mítico-religioso acabam por avocar de forma mais crua um modelo penal pautado na lógica do talião e na *justiça de sangue*. No segundo, cujas propostas foram formuladas principalmente em função da racionalização e secularização iluminista, as teorias retributivas de vertente laica "[...] vêem na pena função de restauração de uma ordem (jurídica ou moral) natural violada" (CARVALHO, 2008b, p. 121), baseando-se suas justificativas essencialmente "[...] no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado [...]" (FERRAJOLI, 2010, p.237). Aqui duas versões de retribuição se destacam: a retribuição ética kantiana e a retribuição jurídica hegeliana. A teoria de Kant justifica a pena como uma retribuição imposta com a finalidade de conservar o estado ético dos seres humanos restaurando, pela punição, a ordem moral violada. Ou seja, para concepção kantiana o delito, em sua essência, é a ação que viola e contradiz objetivamente um imperativo ético, o qual a pena deve retribuir com um sofrimento equivalente ao injustamente produzido a fim de garantir externamente a eticidade nas relações humanas (ZAFFARONI et al., 2013, p. 115). A teoria hegeliana, por sua vez, justifica a pena como uma retribuição posta com o objetivo de restaurar o direito negado pelo delito, sendo a sanção penal a negação da negação do direito[383]. Na compreensão de Hegel o delito é uma

[383] Nesse sentido: "Hegel, en sus "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho" (1821), uno de los más importantes textos filosófícojurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos, al interpretar el

ação que contradiz a ordem jurídica posta, cabendo à pena restaurar a ordem posto e garantir a integralidade do Estado e da ordem jurídica, através de uma reação equivalente à violência cometida contra eles.

Conforme o exposto observa-se que as ideologias retributivistas são construídas sobre a crença que existe um nexo causal necessário entre o ato malfeitor (crime) e a punição imposta (sanção penal), isto é, o delito representa uma violação que macula a ordem natural das coisas, e que só poderá ser reparada através da pena, pela imposição de sofrimento capaz de expiar e restaurar àquela ordem violada. Assim, através de uma violência institucionalizada contra o infrator, a pena funcionaria para a purificação do delito e a consequente restauração e reafirmação da ordem violada, seja ela de natureza ética, moral, religiosa, jurídica, ou outras.

Tendo o castigo da pena um fim em si próprio, não importa às teorias absolutas nenhum outro fim que não o de retribuir pelo sofrimento o mal causado pelo seu ato delitivo. Desta forma, no que diz respeito à disciplina prisional, tal ideologia justificaria a incidência das normas e rotinas disciplinares como medida eminentemente aflitiva, elaboradas e dirigidas com a finalidade de compor o sofrimento próprio e desejável à pena, que segundo aquela concepção só teria esse fim. Nesse contexto, medidas constritivas de direito, teoricamente não envolvidos pela condenação penal, e rotinas estafantes e degradantes; como, *v.g.*, pela imposição de trabalhos forçados ou pela proibição de se comunicar com qualquer pessoa; estariam justificadas se implementadas pelas regras de disciplina prisional. Com isso, conclui-se que a disciplina prisional, apoiada apenas pela ideologia retributivista das teorias absolutas, seria um dos instrumentos para se realizar o sofrimento próprio a pena, não encontrando nessas concepções nenhum outro fim que não esse.

Como instrumento da retribuição da pena a disciplina prisional é envolvida pelos mesmos problemas e críticas relacionadas ao modelo de expiação das teorias absolutas, pois carregaria consigo as mesmas inconsistências daquelas doutrinas. Os argumentos retributivistas, conforme destacado por L. Ferrajoli (2010,p. 239-240), originam-se invariavelmente da confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação interna e justificação externa, em clara violação a Lei de Hume; como se pode observar da concepção substancialista da proposta kantiana que acaba incorrendo em uma falácia naturalista ao derivar prescrições de asserções ao atribuir valor moral à pena, ou no legalismo hegeliano que incide em uma falácia normativista ao deduzir asserções de prescrições ao

---

delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación, como "anulación del delito, que de lo contrario tendría validez" y, con ello, como "restablecimiento del Derecho" (loc. cit., § 99). Dice (loc. cit.,

conferir valor ético a ordem jurídica; violando o pluralismo e a autonomia dos indivíduos ao impor um aparato de poder que subjuga aos indivíduos com o único intuito de afirmar uma soberania (ética ou normativa) sem, todavia, justificar o sofrimento da pena.

Dito isso, passa-se a análise das *teorias relativas* de justificação externa da pena.

3.2.1.2 Teorias Relativas da Pena

Chamam-se *teorias relativas da pena* todas aquelas doutrinas "[...] que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos" (FERRAJOLI, 2010, p.236). A denominação "relativa" é cunhado do latim *referre* que significa "referir-se a", denotando a finalidade externa atribuída à pena, constituída em referência aos fins de prevenção dos delitos propostos pelas doutrinas aqui englobadas (ROXIN, 1997, p. 85). Vale dizer que as teorias relativas da pena, em contraposição à teoria absolutas da pena, tratam a pena "[...] enquanto meio para fins que dizem respeito ao futuro" (FERRAJOLI, 2010, p.240), na medida em que a base de fundamentação utilitaristas dessas doutrinas persegue uma finalidade extrapunitiva a ela.

O utilitarismo, de maneira geral, se expressa pela fórmula da busca pela máxima felicidade com um mínimo de sofrimento. A pena é encarada, portanto, como o meio pelo qual se alcança um fim útil, ou seja, é a medida utilizada para se alcançar um fim previamente estabelecido.

> A pena se fundamente exclusivamente na finalidade racional e no êxito da realização desse fim. Apenas a pena socialmente útil e eficaz pode ser lógica e justa. Introduzindo confiança na nova arma politica criminal, os penalistas "modernos" têm enfrentado as batalhas contra a criminalidade com otimismo. Com certeza científica têm alimentado a expectativa de que a prática confirmar a verdade e validade dos fins preventivos propagados por eles.[384] (PAUL, 1995, p. 64)

Nesse tom, as ideologias utilitárias, relacionadas à justificação da pena a constroem como instrumento de tutela dos cidadãos, cuja finalidade é garantir a maior felicidade, bem-estar e segurança da sociedade. Desta maneira, a pena, na construção das *teorias relativas*, acabou convergindo para um mesmo objetivo útil, qual seja: o de prevenir novos delitos. Ela

---

§ 101): "La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión"."(ROXIN, 1997, p. 83)

[384] No original: "La pena se fundamenta exclusivamente en la finalidad racional y en el éxito de la realización de ese fin. Sólo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa. Introduciendo confianza en la nueva arma política criminal, los penalistas «modernos» han enfrentado las batallas contra la criminalidad con optimismo.

passa a cuidar para que, no futuro, nem o apenado, nem os demais membros da sociedade viessem a repetir o malfeito do crime. As formas de prevenção assumidas pelas *teorias relativas da pena* são classificadas em: *prevenção geral negativa, prevenção geral positiva, prevenção especial positiva e prevenção especial negativa*; as quais se passam a analisar, respectivamente.

3.2.1.2.1 Teorias de Prevenção Geral

As doutrinas de prevenção geral, tanto a positiva quanto a negativa, não atuam especificamente sobre os sujeitos desviantes ou apenados, mas sobre a comunidade de forma geral. Segundo essas teorias a criminalização tem a finalidade de influenciar a todos os membros da sociedade motivando-os à obediência do sistema ético-normativo posto, prevenindo, assim, a ocorrência de novos delitos. Todavia, as teorias de prevenção geral são separadas, como já se adiantou, entre teorias de *prevenção geral negativa* e *prevenção geral positiva*. A principal distinção entre elas está na forma como idealizam a função manifesta da pena e como ela promoverá a defesa social, posto que as teorias negativas concebem um modelo dissuasório ao passo que as teorias positivas vislumbram o reforço simbólico e interiorização do sistema social (ZAFFARONI et al., 2013, p. 115-116).

As doutrinas de *prevenção geral negativa* idealizam a pena atribuindo-lhe função dissuasória capaz de instigar a obediência de todos os membros da sociedade, desestimulando o cometimento de futuros crimes em razão do medo promovido pela ameaça da coerção penal. O poder soberano protege os bens dos indivíduos utilizando o infrator como exemplo, de forma a evitar a dissidência ética de outros membros da sociedade que se sintam estimulados a imitar as ações do infrator em vista ao resultado desastroso da desobediência. Há, portanto, um valor pedagógico atrelado à pena que ambiciona dissuadir aos indivíduos da prática de novos crimes utilizando o infrator como um meio para esse fim[385].

O efeito exemplarizante da criminalização idealiza aos indivíduos como sujeitos absolutamente racionais e que a todo o momento sopesam os elementos e consequências diretas e indiretas das suas ações, executando-as apenas após muito ponderar o custo-benefício imediato e mediato das opções que lhe são postas.

Con certeza científica han alimentado la expectativa de que la praxis confirme la verdad y la validez de los fines preventivos por ellos propagados."

[385] Nesse sentido: "A lógica da dissuasão intimidatória propõe a clara utilização de uma pessoa como recurso ou instrumento empregado pelo estado para seus próprios fins: a pessoa humana desaparece, reduzida a um meio a serviço dos fins estatais." (ZAFFARONI et al., 2013, p. 120)

> Na raiz da crença na capacidade dissuasiva da pena intimidatória ("*deterrente*") está uma leitura economicista do agir humano: um tipo ideal de *homo penalis* – em nada diverso da análoga figura do *homo aeconomicus* – calculador atento das vantagens e desvantagens do próprio agir: elevar o custo da opção ilegal através do preço negativo da pena deveria o convencer das vantagens de uma opção legal. (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 146)

Nesse estado de coisa, a pena aplicada segundo a doutrina de prevenção geral negativa deve ser moderada na medida necessária para a realização do efeito exemplarizante da criminalização de forma que a análise de custo-benefício realizada pelos membros da sociedade penda para o lado da obediência ao sistema.

A pressuposição dessa forma calculista do pensamento humano é uma das críticas formuladas contra as doutrinas de prevenção geral negativa, que também mencionam a ineficácia do efeito dissuasório da criminalização, taxando-o como eventual e mais fraco que o efeito causado por elementos estranhos ao poder punitivo do Estado; como, *v.g.*, a coerção religiosa, social, ética, moral; no momento de equalização dos custos e benefício de determinada conduta. Segundo essa crítica, a ficção de que há sempre uma análise completa de todas as possibilidades e consequências de uma conduta pelo infrator constitui um sistema preventivo que subestima a criminalidade passional e sobreestima a criminalidade ordinária.

No que concerne às doutrinas de *prevenção geral positiva*, a criminalização tem a função simbólica de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída, reafirmando os valores ético-sociais e a confiança das pessoas no sistema social. O exercício do poder punitivo pelas doutrinas de prevenção geral positiva, conforme leciona C. Roxin (1997, p. 91-92), sobrepõe três efeitos distintos, quais sejam: o efeito de aprendizagem, que reforça os valores ético-sociais junto a coletividade; o efeito de confiança, que reforça a crença na capacidade e eficácia do sistema jurídico; e, o efeito de pacificação, produzido quando a consciência jurídica geral se tranquiliza em virtude do fechamento dada ao conflito com a aplicação da sanção penal.

Segundo essas doutrinas, o delito fragiliza a estabilidade que a coletividade realiza ao sistema social e normativo, maculando a crença na coesão e validade dos valores e normas afeitos ao sistema, na medida em que o delito e o delinquente desconstroem o sentido e a conveniência de se seguir obedecendo àqueles. Em resposta, compete a efetivação do modelo de coerção penal e a derradeira aplicação da pena a função de comunicar a opinião pública a

estabilidade do sistema normativo vigente, reforçando o consenso da coletividade para com os valores e normas do sistema[386].

O mal causado aos autores de crimes faz parte de um *processo comunicativo* realizado através da pena (ZAFFARONI et al., 2013, p. 121), que deve ser moderada na medida necessária para se restabelecer a confiança no sistema. A criminalização, nesse sentido, busca em primeiro plano surtir efeito positivo sobre os indivíduos não envolvidos na prática delitiva, reforçando junto à coletividade o consenso aos valores éticos e sociais.

Como se pôde perceber, nas doutrinas de prevenção geral, tanto negativa quanto positiva, os infratores não são o elemento sobre o qual a pena realiza sua função de prevenção. A expiação do infrator com a aplicação da pena é o meio pelo as doutrinas de prevenção geral realizam a finalidade precípua de defesa social, transmitindo à coletividade uma mensagem capaz de reprimir o meio social ao cometimento de novos crimes, seja essa mensagem dissuasória ou reforçadora. Os infratores são meros objetos na realização da função de prevenção dessas doutrinas cujos efeitos da pena miram aos membros da sociedade como um todo e não ao indivíduo apenado.

Os efeitos das justificações externas propostas pelas doutrinas de prevenção geral aparentemente não surtem influência direta sobre as normas de disciplina prisional, na medida em que se ocupa apenas dos efeitos externos que a pena causa. Para a realização da prevenção geral basta a aplicação da pena tomar a proporção necessária para realizar a função esperada, não se importando com o modelo de restrição das penas e o sofrimento dos apenados, mas sim com os efeitos da punição sobre a sociedade em geral. Não há, portanto, um constructo direto dessas doutrinas que justifique uma atitude mais restritiva ou liberal sobre a convivência prisional e seus efeitos sobre a rotina e o direito dos presos uma vez que apenas os efeitos externos da pena são racionalizados e associados a um fim útil.

Todavia, a relação entre as doutrinas de justificação externa da prevenção geral e as normas de disciplina prisional aspira cuidado posto que aquelas podem indiretamente justificar o recrudescimento da disciplina prisional de modo a aumentar o sofrimento causado pela pena. Como o objetivo da pena para essas doutrinas é a interiorização de uma mensagem pela sociedade a partir da pena, seja ela dissuasória e reforçadora, pode-se pensar que quanto maior a punição e o sofrimento dos infratores, mais clara e efetiva será a introjeção com

[386] Destaca-se a lição de M. Pavarini e A. Giamberardino (2011, p. 148) sobre relação entre o crime e a pena teorizada pelas doutrinas de prevenção geral positiva: "Se o crime é em si – prescindindo do interesse protegido pela norma violada – uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica da ausência de fidelidade, a pena deve ser expressão simbólica contraditória em respeito àquela representada pelo delito."

efeitos preventivos. Assim, ainda que não se justifique diretamente uma atitude específica a disciplina prisional, as doutrinas de prevenção geral podem influenciar indiretamente a disciplina prisional para que ela sirva de reforço ao castigo da pena. Nota-se, contudo, que há um distanciamento muito grande entre o recrudescimento da disciplina prisional e o efeito preventivo da pena. As regras impostas à rotina prisional gerem relações que ocorrem majoritariamente intramuros e, por essa razão, longe dos sentidos do corpo social, surtindo pouco ou nenhum efeito capaz de auxiliar na realização da função preventiva geral atribuída à pena. Faltaria, portanto, utilidade as medidas que recrudescem a disciplina prisional, além disso, as restrições que tolhem direitos e liberdades do preso e aumentam o sofrimento seriam ilegítimas, pois afastariam o estado do direito de sua posição de garantia do indivíduo (que engloba também aos presos).

Terminada aqui a análise das teorias de prevenção geral, passa-se agora ao desenvolvimento das teorias de prevenção especial.

3.2.1.2.2 Doutrinas de Prevenção Especial

Diferente das doutrinas de prevenção geral que concebem a função da pena como um instrumento dirigido à sociedade de forma geral, as doutrinas de prevenção especial arquitetam a pena como um aparelho que orienta seus efeitos, especialmente, sobre os que delinquiram (ZAFFARONI et al., 2013, p. 115). A prevenção aqui idealizada acontece em razão da ação direta do poder soberano sobre os indivíduos que já incorreram em práticas delituosas, "[...] visando evitar ou atenuar a probabilidade de reincidência demonstrada pelo autor em face do delito cometido" (DOTTI, 1998, p. 228). A finalidade preventiva da pena, nessa concepção, busca proteger a sociedade de novos delitos neutralizando ou emendando aos indivíduos que já delinquiram, na medida em que o delito prévio é encarado como uma indicação da devassidão daquele sujeito que, por isso, deve ser dominado e censurado para que não a manifeste novamente na forma de novos delitos.

> Diferentemente dos modelos retributivistas e preventivos gerais, direcionados ao fato passado ou à coação social, o pensamento etiológico inaugura uma perspectiva centrada no indivíduo, pois se o novo objeto de investigação e intervenção da ciência criminal é o delinqüente, o instrumento de resposta ao desvio punível deve ser nele operado. (CARVALHO, 2008b, p. 129)

Como indicado anteriormente, as doutrinas de prevenção especial também podem ser dividas entre doutrinas de *prevenção especial negativa* e *prevenção especial positiva*. Assim

como acontece com as doutrinas de prevenção geral, a principal diferença entre as doutrinas negativas e positivas está na forma como cada uma delas idealiza a função manifesta da pena como meio útil para a promoção da defesa social, mas nesse âmbito as doutrinas negativas buscam a neutralização do autor do delito enquanto as doutrinas positivas preocupam-se com a recuperação e emenda do apenado.

As *doutrinas de prevenção especial negativa* atribuem à pena função neutralizante, consubstanciada na restrição física do apenado ao anular ou limitar os comportamentos dele evitando que ele cause novas lesões. A finalidade atribuída à pena nesses casos não cobiça motivar ou alterar comportamentos, mas impedi-los. O indivíduo subjugado pelo sistema de coerção penal e anulado pela pena é privado em todo ou em parte da convivência social, tendo a capacidade para lesionar direitos e liberdades alheias neutralizada.

O objetivo posto é a preservação da sociedade através do controle e eliminação do corpo do sujeito cuja periculosidade e nocividade foram evidenciadas pelo delito, que nessa concepção é visto como signo da disfunção e maldade inerente do infrator, ou seja, um "[...] sintoma da inferioridade biopsicossocial [...]" (ZAFFARONI et al., 2013, p. 116), que deve ser contido. E, como bem destacam M. Pavarini e A. Giamberardino (2011, p. 149-150), "o arsenal operativo através do qual se pode perseguir tal finalidade é variado: da eliminação física do condenado (logo, não por razões de *deterrence*, como normalmente se entendeu a pena de morte) à segregação em uma prisão de segurança máxima; do controle eletrônico à distancia à castração para os condenados por crimes sexuais, etc.".

Segundo essas doutrinas, a submissão do apenado aos instrumentos de controle da pena busca evitar materialmente o cometimento de novos delitos ao afastar o infrator do contexto no qual aqueles seriam possíveis. Nesse sentido, a eliminação ou restrição do convívio social e a constante vigilância coloca o infrator em um ambiente no qual a manifestação da natureza disfuncional é diferida através da dominação do corpo e da rotina do apenado.

Aqui, nos casos em que o infrator é recolhido em uma unidade prisional, pode-se identificar dois níveis de neutralização: uma referente à exclusão do apenado do convívio social comum, e outro relativo à imposição de um ambiente no qual os comportamentos e rotinas do infrator são normatizados para evitar ao máximo o cometimento de novos delitos. Pelo que já foi exposto, não é difícil inferir que um dos instrumentos chaves para realização desse segundo nível é a instituição de normas de disciplina prisional. Assim, para as doutrinas de prevenção especial negativa a disciplina prisional serve como meio de realização do seu

fim neutralizante, buscando atalhar o cometimento de novos delitos pelos apenados dentro das unidades prisionais.

O objetivo da disciplina prisional continua sendo a anulação do infrator, mas não pela exclusão do apenado do ambiente social comum, e sim pela limitação do seu corpo, comportamento, direitos e liberdade de forma que os espaços e possibilidades de delinquência intramuros sejam extintos, ou pelo menos limitados. Um dos instrumentos disponíveis a essa finalidade é a possibilidade de segregação do apenado dentro da própria unidade prisional, mas vários outros, menos diretos, também servem a esse propósito, como, por exemplo, a proibição de posse de determinados objetos e a limitação da comunicação (interna e externa).

Nesse contexto, a neutralização do indivíduo para que ele não tenha a possibilidade de voltar a delinquir justifica todas as restrições de direito e liberdade impostas pelas normas de disciplina prisional. Lembra-se, contudo, que, por relacionar o infrator a uma índole disfuncional e inerentemente maléfica predisposta a reincidência, a instituição das normas disciplinares flui naturalmente para uma máxima restrição dos direitos e liberdades não afetados pela condenação penal. Quanto maior o nível de restrições impostas ao apenado mais eficaz é o cumprimento da função neutralizante da pena. Como só é possível cometer crimes no espaço de exercício dos direitos e liberdades das pessoas, qualquer restrição de direitos e garantias do infrator cumpre o objetivo de defesa social na medida em que o limite ou exclusão daqueles também representam uma redução do espaço e das possibilidades de reincidência delitiva. Nesse passo, a execução penal e a disciplina prisional acabam se distanciando dos valores do Estado democrático de direito, pois aqueles que se desviam do modelo axiológico posto podem simplesmente ser anulados e descartados, olvidando-lhes direitos e garantias, enquanto o poder punitivo estatal encontra meio propício para a expressão máxima de suas prerrogativas sem um limite claro. Dito isso, passa-se a análise da próxima doutrina preventiva.

As *doutrinas de prevenção especial positiva* atribuem à pena função corretiva, ou seja, buscam emendar o apenado dos vícios que o conduziram a prática delitiva, reproduzindo nele valores positivos para que não volte a delinquir quando retornar ao convívio social. Alcança-se a prevenção especial positiva através das *ideologias re*, conforme denominação de R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 115), que buscam a **re**ssocialização, **re**personalização, **re**educação, **re**inserção do apenado pela pena, constituída como um tratamento capaz de fornecer ao apenado os instrumentos necessários a reintegração, reprogramando-o para que internalize os valores e parâmetros considerados aceitáveis pela sociedade de forma a incutir sobre ele o temor e o respeito à ordem posta.

O delito, nessa concepção, é "[...] considerado violação da lei da natureza operada por indivíduos identificados pela sua estética pré-civilizada" (CARVALHO, 2008b, p. 129), pois representaria um sintoma da disfunção e da inferioridade biopsicossocial do infrator. Contudo, diferente das doutrinas de prevenção especial negativa, essa disfunção não é encarada como uma característica inerente do apenado. Para as doutrinas de prevenção especial positiva a inferioridade biopsicossocial que leva o sujeito a delinquir é uma patologia, uma moléstia, um desequilíbrio da condição humana que o leva a uma situação de periculosidade que pode e deve ser tratada por meio da pena para que ele possa ser recuperado[387]. O mal contraído pelo infrator e que origina o delito pode ter natureza diversa, dependendo da vertente de pensamento acolhida, constituindo para alguns uma patologia social, para outros, uma patologia moral, ou uma patologia natural/biológica, contudo, mesmo com essas variações a pena, como consequente do delito, apresenta-se com uma só faceta; tratamento.

> A pena, com efeito, assume a forma de *tratamento* diferenciado, que visa à transformação ou à neutralização da personalidade do condenado - não importando se com o auxílio do padre ou do psiquiatra - mediante sua reeducação aos valores dominantes ou, o que é pior, sua alteração por meio de medicamentos. Via de conseqüência, resolve-se, na medida em que o tratamento não é partilhado com o condenado, em uma aflição adicional à sua reclusão, e, mais precisamente, em uma lesão da sua liberdade moral ou interior que se soma à uma lesão da liberdade física ou exterior, própria da pena detentiva. (FERRAJOLI, 2010, p. 252)

A lógica empregada se pauta na relação clínica: doença – tratamento - cura[388]. O fim terapêutico atribuído à pena busca instituí-la como um instrumento de correção do apenado tendo em vista o eventual retorno dele à sociedade, desta forma, a promoção da defesa social ocorre através do tratamento dos males que levaram o indivíduo a delinquir, prevenindo delitos a partir da emenda do criminoso, construindo ou reconstruindo o sujeito em conformidade com a sociedade que vai acolhê-lo. Nesse sentido G. Bettiol (1964, p. 12) é preciso ao dizer que "a reeducação não é apenas instrução entendida em termos técnicos (exemplo: a luta contra o analfabetismo nos cárceres) mas é inserimento da consciência do

[387] "Baseada em estrutura social consensual e entendendo a ação desviante como patológica e contrária à ordem, a reação penal deveria ser absoluta no tratamento do enfermo. Logo, esta política criminal correcionalista pressuporá atividade neutral do criminólogo, analisando dados objetivos, considerando o delito comum (de massas) como o mais grave e acreditando nas funções da pena." (CARVALHO, 2008b, p. 130)

[388] Isto ocorre em razão da forte influência do positivismo criminológico sobre as doutrinas de prevenção especial positiva. Nesse sentido: "Na gradual afirmação de razões de prevenção especial, seja na fase executiva ou, consequentemente, na própria aplicação da pena em concreto, um papel fundamental foi certamente cumprido pelo pensamento positivista que, até os anos trinta do século passado, teve formação estritamente médico-psiquiatra: observação, diagnóstico e cura. A pena em concreto, cada vez mais, evitaria toda à vontade culpável a fim de se fundar em valorações de periculosidade, no interior de prognosticar a conduta futura do condenado." (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 145)

condenado no quadro de determinados valores culturais". O Estado assume para a pena uma finalidade paternalista de transformação da personalidade do apenado, seja reeducando-o pela introjetar os valores dominantes perseguidos pelo Estado e/ou pela sociedade, seja alterado a personalidade do apenado por meio do tratamento prisional. A pena provê àqueles que passam por ela os instrumentos necessários para o retorno e readaptação do indivíduo à coletividade, seja pela interiorização dos valores e comportamento socialmente aceitáveis, seja pelo desenvolvimento objetivo do apenado fornecendo a ele meios suficientes para manter a sua subsistência e um convívio social extramuros saudável. Assim, as condições que levaram à prática delitiva são superadas pelos mecanismos de introjeção moralizantes e aperfeiçoamento do indivíduo, que o disciplinam através do trabalho, da educação, da religião, do respeito à ordem e as instituições, etc. Nessa lógica, a pena é entendida como algo bom, um bem que se promove ao apenado, afinal o sujeito produto da pena é modelado para ser substancialmente melhor do que era na época em que cometeu o delito.

Nesse estado de coisa, o delito ocasionado por uma disfunção biopsicossocial do infrator é contornável pela pena que deve se valer das medidas necessárias para a promoção da ressocialização e reintegração do indivíduo envolvido pelo sistema de coerção penal. Desta maneira, a justificação externa proposta pelas doutrinas de prevenção especial positiva legitima a realização de medidas que promovem a reprogramação do delinquente segundo normas, valores e ideias estabelecidos pelos sujeitos e entidades que realizam o dito tratamento do delinquente, moldando-o segundo os parâmetros da pretensão axiológica que se assume da sociedade.

> Mas se a pedra de toque da teoria relativa é a verificação de consequência externa benéfica, isso significa que a ênfase é sobre a prática da execução penal e do sistema prisional. A tendência preventivo-especial entende que a essência da pena decorre da realidade que se reflete na prática e, portanto, exige do legislador que as disposições sobre as espécies e a quantidade de pena, se configurem em função do sentido e do fim da execução, exigindo também do juiz, ao mesmo tempo, que oriente suas decisões em função das consequências, etc. No centro da nova atividade política criminosa das agências jurídicas penais está o indivíduo delinquente.[389] (PAUL, 1995, p. 65)

[389] No original: "Pero si la piedra de toque de la teoría relativa es la verificación de la consecuencia externa beneficiosa, quiere decir que el acento se pone en la praxis de la ejecución penal y del sistema penitenciario. La tendencia preventivo-especial entiende que la esencia de la pena se deriva de la realidad que se refleja de la práctica y, por ello, exige del legislador que las disposiciones sobre clases de pena y medición de la pena, se configuren en función del sentido y del fin de su ejecución, exigiendo también al mismo tiempo del juez, que oriente sus decisiones en función de las consecuencias, etc. En el centro de la nueva actividad política criminal de las agencias jurídicas penales está el individuo delincuente."

Nesse contexto, a função eminentemente terapêutica das doutrinas de prevenção especial positiva influenciam de forma determinante a abrangência e a intensidade da disciplina prisional e das restrições que ela impõe, dada a importância desse elemento na implementação e realização das transformações idealizadas pelos sistemas corretivas voltados à reeducação social, ética e moral dos apenados. A disciplina prisional seria, nessa medida, elementar ao tratamento do indivíduo e a superação da situação de periculosidade e da inferioridade biopsicossocial que o levou a delinquir. Representando, dessa forma, um dos principais instrumentos de melhoramento do apenado, ao ensinar e incutir sobre ele as virtudes e valores sociais, principalmente o de respeito à ordem e às instituições legais e sociais, treinando e disciplinando-o para a vida extramuros. Nesse ínterim, todos os aspectos do cotidiano prisional estariam sujeitos a atuação do Estado, que, no cumprimento da função ressocializadora, programaria a rotina prisional de forma que tanto o corpo quanto a mente do apenado sejam forçadamente reeducados conforme os valores e comportamentos eleitos como determinantes para a composição do que se idealiza como cidadão de bem.

Como se pode observar por tudo o que foi exposto sobre as doutrinas de prevenção especial positiva, a mudança programada sobre o apenado, com a ajuda das normas de disciplina prisional, não é voluntária, mas imposta coercitivamente pelo tratamento corretivo atribuído a execução penal. Nesse sentido, o apenado, que é considerado como um ser inferior e desajustado, tem o seu corpo e sua consciência dominados pelos aparelhos de coerção da pena que remodelam e uniformizam as virtudes, valores e comportamentos dele para que não volte a delinquir. Um modelo que desconsidera qualquer aspecto de subjetividade e liberdade do apenado, que é tratado como mero objeto para a realização do fim preventivo da pena, em um processo incompatível com o valor democrático de respeito à pessoa humana e tolerância para com as diversidades. O exercício da função corretiva nos moldes apresentados fere, portanto, a liberdade e a autonomia de consciência, em evidente violação ao princípio de separação entre o direito e a moral.

> [...] a não-reincidência não era efeito de esforço consciente e voluntário do delinquente “tratado”, pois, pelo “tratamento”, a sua vontade havia ficado embotada, viciada, e a sua conduta, condicionada. Esse tratamento subjetivo da pena era apresentado como humanização das mesmas penas. Hoje é considerado desumano e até atentatório dos direitos fundamentais do homem. (MIOTTO, 1986, p. 401)

Conforme definido anteriormente; quanto se analisou o princípio de separação entre direito e moral; o respeito à liberdade e a pluralidade humana, bem como a consequente tolerância para com as diferenças, obrigam que as virtudes e valores particulares dos homens

sejam alijados do âmbito de atuação do Estado, ainda que essa diferença seja o resultado de uma consciência diretamente oposta ao que o poder soberano e/ou a maioria da sociedade prega como correta. Trata-se aqui do reconhecimento da pluralidade e da subjetividade humanas como valores humanos absolutos, afinal a abertura do homem para com os diferentes valores resulta da liberdade inata que permite a ele agir livremente conforme sua própria racionalidade e sentimentos. É clara a lição de G. Bettiol (1964, p. 11) nesse sentido, quando ele diz que: "o homem é livre para fazer o bem, mas também é livre de orientar-se para o mal e de persistir no mal, sofrendo as consequências do mal perpetrado". Os indivíduos são livres para estruturar sua própria consciência e definir seus valores e virtudes, cabendo ao estado respeitar essa subjetividade e a diversidade, uma vez que esta construção depende única e exclusivamente da liberdade e da potencialidade humana. Sem essa garantia o indivíduo apenado, mesmo depois de cumprida a pena, não retornaria a liberdade plena, pois sua mente ficaria eternamente presa a forma de pensar que lhe foi imposta. Com base nessas condições, os elementos que perfazem a subjetividade humana integram um espectro de direitos invioláveis que devem ser garantidos a todos os indivíduos, inclusive aos apenados, porque essenciais a concepção democrática das relações entre estado (poder soberano) e indivíduos, principalmente naquelas que envolvem a supressão de direitos individuais, como acontece com o sistema de coerção penal.

> Ninguém pode obrigar o homem ao bem porque neste caso a ação perderia o seu mais precioso significado moral. Ninguém é autorizado a penetrar no íntimo da consciência humana para procurar imprimir uma determinada orientação. O sacrário da consciência é inviolável, nem uma condenação sofrida pode autorizar o Estado (um *não* valor) a ditar leis que possam valer para a consciência de um *valor*, como, em qualquer situação e em qualquer caso o homem permanece. Árbitro de sua própria orientação, êle não pode ser constrangido à ação, não pode ser *constrangido à virtude.* A educação coacta - como o é a dada nos cárceres - não pode senão acarretar uma ferida profunda à liberdade de orientação e de consciência do detido. O Estado não pode impôr a virtude. Pode, apenas, ou melhor, deve, criar as condições para que o homem possa levar uma vida virtuosa para que o indivíduo – querendo-o - dela possa aproveitar, por ser a virtude o bem de maior realce e significado que o homem pode adquirir no curso de sua existência; virtude que é sinônimo de inclinação para fazer o bem, facilidade para repetir boas ações e para repelir os atrativos do mal ou do crime. Negando-se tudo isto, nega-se a própria impostação da liberdade. (BETTIOL, 1964, p. 11)

Ocorre que o substancialismo das funções corretivas viola esse princípio democrático ao instrumentalizar a atuação do estado (direito) para obrigar os valores ou virtudes socialmente aceitos (moral), desconsiderando e eliminando quaisquer valores estranhos ou contrários, em claro desrespeito a liberdade, subjetividade e pluralidade humana. O direito é um instrumento de garantia desses elementos, assim, mesmo que um comportamento viole da

forma mais temerária possível o direito, cabe o estado atuar para fazer valer a norma somente em função do seu próprio espectro objetivo de justiça e validade, visto que o princípio de separação entre o direito e a moral prescreve que as normas erigidas pelo direito e as proscrições morais são independentes entre si, ou seja, as razões e justificativas desses dois campos não podem ser derivadas ou deduzidas um da outra, sob pena de se incorrer nas já mencionadas falácias naturalistas e normativistas.

As proscrições do princípio de separação entre o direito e a moral, alinhadas em respeito à liberdade e a subjetividade, e a tolerância para com a pluralidade humana, formam um substrato de direitos mínimos necessários a própria consideração da condição humana, que, por essa razão, são invioláveis, representam um aspecto democrático dos estados de direitos de viés eminentemente contra majoritário. A liberdade e a autonomia de consciência dos sentencias fazem parte desse escopo, assim, mesmo nos casos em que o produto das liberdades humanas movimente o agravo de toda a sociedade, não é possível estabelecer mecanismos que violem aqueles direitos. Por conseguinte, argumentos que legitimam a ressocialização ao relacioná-las a supremacia de uma vontade da maioria, como a alegação indicada por R. A. Dotti[390], não são idôneos, uma vez que desfiguram àquelas garantias mínimas a partir de uma ideia deturpada de estado democrático de direito, ao entender a democracia como a ditadura da maioria, o que não é verdade.

É importante deixar claro que a punição surge não como reprovação a introjeção de valores e virtudes reprováveis, mas porque o direito assume as suas próprias razões e justificativas no exercício de suas funções, sendo o rompimento dessas o motivo para a incidência da norma. Nesse sentido, o Estado pode, em defesa da sociedade, erigir mecanismos de repressão e punição dos crimes, não se nega isso, mas existe um limite para essa atuação, e esse limite e a liberdade e a autonomia de pensamento do indivíduo. Assim, como bem relacionam as palavras de G. Bettiol descritas acima, o homem é livre para definir suas virtudes e valores como bem entender, o que, todavia, não olvidam das consequências jurídicas as ações e comportamentos resultantes do exercício da autonomia de consciência, já que essas são definidas pelo quadro oposto conforme suas próprias razões e justificativas (independentes). A punição, portanto, não pode surgir como reprovação a valores e virtudes

[390] "A lei penal, como de resto qualquer outra lei, deve ser a expressão legítima da vontade da maioria comunitária. Em tal sentido, a luta pela ressocialização do infrator representa uma tomada de posição em nome da maioria social que reprovou a sua conduta e aceita a volta do condenado ao seu convívio mediante o implemento de uma condição: a de se revelar um sujeito prestante e, como tal, infenso ao perigo da reiteração." (DOTTI, 1998, p. 233)

pessoais, mas única e exclusivamente pelas razões e justificativas próprias do direito no exercício das funções assumidas pelo estado.

Em suma, o uso da disciplina prisional como meio de instrumentalização do apenado para que cumpra com a função preventiva da pena transgride o valor metajurídico e meta-ético do princípio de separação entre o direito e a moral, ao violar os direitos a liberdade e autonomia de consciência dos apenados.

O impacto da função corretiva das doutrinas de prevenção especial positiva sobre as normas de disciplina prisional as direciona, assim como se observa com os demais âmbitos de exercício do poder punitivo orientados por essa função, a um sistema de máxima restrição de direitos e liberdades dos presos, atingindo não só os direitos alienados pela condenação criminal, como também, insiste-se nesse ponto, atinge aos direitos não afetados pela condenação penal. Inclui-se nesse escopo, como já se fez notar, a liberdade e autonomia de consciência, mas não só eles, como a disciplina prisional envolve todos os aspectos da convivência intramuros e da rotina das unidades prisionais em um modelo de vigilância totalizante, pode-se restringir quase todos os direitos do apenado, pois só encontrariam limites na capacidade imaginativa dos agentes (legislativos, executivos e judiciais) envolvidos.

Isto ocorre porque, entre outros fatores, a pena e as restrições das disciplinas prisionais não encontram limites uma vez que as doutrinas de viés ressocializador negam à pena como um signo de dor. Se a pena é vista como algo positivo e proporciona o melhoramento do indivíduo, e consequentemente da sociedade, não há motivo para se refrear as medidas de gerenciamento do apenado e as restrições de caráter disciplinar. O problema é que considerar o ambiente carcerário como algo positivo e idôneo a reintegração do apenado, é um contra-senso que a história e a prática carcerária vêm demonstrando ao longo dos anos, quando evidenciam que a criminalização (secundária) e a prisionalização[391] têm como produto a deteriorização dos apenados (FERRAJOLI, 2010, p. 253). O que só se agrava na realidade marginal latino-americana que carece de todos os elementos para a realização de uma execução penal minimamente digna.

Não obstante essa visão positiva colabore com a ampliação das restrições, pode-se indicar também a discricionariedade dos agentes envolvidos na execução penal e a deficiência de legalidade como fator determinante para aquela postura. São muitos os espaços de arbítrio a serem ocupados pelos agentes da execução penal, que, orientados pela função ressocializadora, naturalmente vão ocupá-los para cumprir com suas obrigações segundo seus

[391] "La prisonalización consiste en la integración del preso en la vida y cultura de la prisión, desintegrándose, al mismo tiempo, de la vida y cultura de ella" (MIOTTO, 1992, p. 118).

próprios valores e virtudes, propiciando-se, assim, um ambiente de realização da disciplina prisional vulnerável a intervenções abusivas e autoritárias sobre os mais diversos aspectos da vida do apenado. Um prognóstico que é agravado ainda com a constatação de que os parâmetros e as medidas de realização do fim ressocializar são parcamente definidos em lei, e quando o são carecem de elementos mínimos para a definição dos conteúdos e limites das penas e das normas de disciplina prisional, o que contribui para uma cota ainda maior de discricionariedade dos agentes da execução penal. Esses elementos, no entanto, fogem ao âmbito de análise proposto nesse capítulo, que visa apenas às justificações externas da pena e o impacto delas sobre as normas de disciplina prisional, bastado aqui a menção a esses elementos que serão desenvolvidos, oportunamente pelos capítulos seguintes.

Conclui-se, contudo, que as justificações externas das doutrinas de prevenção especial proclamam flagrante violação aos princípios metajurídicos e meta-éticos de separação entre direito e moral. Aliás, os efeitos da função corretiva sobre as normas de disciplina prisional, ao fomentarem uma rotina de instrumentalização do apenado para a vida em liberdade, impõem um contexto de deteriorização da situação de direitos do indivíduo preso, que atinge especialmente o direito a liberdade e autonomia da consciência.

Finalizadas as análises das doutrinas de justificação externa que integram as teorias positivas da pena, continua-se com o roteiro programado examinando as teorias negativas da pena e os possíveis impactos das suas razões sobre a realização das disciplinas prisionais.

3.2.2 Teoria negativa da pena

O ponto central tradicionalmente discutido pelas teorias punitivas diz respeito à questão “por que punir?”, pois se ocupam da elaboração argumentativa do poder punitivo no campo do saber jurídico-penal, fornecendo, através da atribuição de funções manifestas à pena, o arcabouço teórico de definição e legitimação da coerção penal. Todavia, a *teoria negativa da pena*, ou *teoria agnóstica da pena*, como também é chamada, contrapõe-se a essa postura, optando por erigir uma doutrina focada na discussão jurídico-penal da questão “como punir?”, preocupando-se com a limitação da intervenção penal e a minimização dos efeitos e danos naturais da realização do poder punitivo. Assim, diferente das teorias positivas da pena que buscam justificar e legitimar as intervenções da coerção penal sobre os indivíduos, a teoria negativa da pena opta por abdicar-se dessa tarefa justificacionista, preferindo erigir um modelo pautado na limitação do poder punitivo, ao invés de legitimá-lo.

> Negar as teorias da pena possibilitaria eliminar do discurso penal o viés declarado (e não cumprido) que mascara a real funcionabilidade da sanção penal, retomando seu identificador essencial, que radica na esfera da política. Em suma: pena é manifestação fática, em essência política, isenta de qualquer fundamentação jurídica racional. Tal como a 'guerra' – modelo sancionatório nas relações internacionais –, a pena caracterizar-se-ia como meio extremo e cruel, isento de justificativa jurídica. (CARVALHO, 2008b, p. 142)

A adoção desse novo horizonte de argumentação jurídico-penal pelas teorias negativas decorre da identificação do sistema de coerção penal proposto pelas teorias positivas como um instrumento inidôneo de solução dos conflitos, visto que as funções incorporadas ao poder punitivo não são suficientemente cumpridos, além de trazerem consigo consequências que acabam instituindo um sistema punitivo desprovido de limites materiais sólidos. Dentre essas consequências R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 97) dá destaque a duas: uma em razão da definição (arbitrária) do sistema punitivo oficial feita pelas teorias positivas, que invariavelmente deixa de fora do seu horizonte de projeção toda a coerção que não corresponde à função manifesta atribuída à pena; e outra relativa à disposição do poder punitivo como um direito subjetivo do Estado que, por estar associado a realização de funções positivas, possibilita a extensão desregrada das intervenções de cunho penal[392] conforme o Estado e seus agentes entendam ser conveniente e necessário, pois buscam realizar um bem. Nesse contexto, a teoria negativa surge em alternativa às teorias positiva, por acreditar que as penas orientadas por funções (manifestas) positivas não se sustentam a partir de justificações racionais desenvolvidas no plano jurídico-penal, dado o fracasso apresentado pelas teorias positiva[393].

Para a teoria negativa a pena não pode ser explicado senão como um sofrimento sem sentido. Isto ocorre porque a pena nessa concepção não pode pretender nenhuma racionalidade, já que o sistema penal, desamparado de quaisquer justificações jurídico-penais que lhe atribua função ou finalidade, é visto como mero fato de poder (ZAFFARONI, 2010, p. 202-203). Com isso, a teoria negativa confessa não conhecer uma função para a pena, pois foge aos saberes do direito a explicação das funções e das finalidades de um sistema de coerção penal que se expressa como mera manifestação de poder. Assim, a teoria completa

---

[392] Incluem-se aqui as intervenções orientadas pelas funções manifestas do poder punitivo, as intervenções realizadas pelo *poder positivo configurador* das agências policiais e as intervenções originadas do exercício do poder punitivo paralelo das agências executivas (ZAFFARONI et al., 2013, p. 52-53).

[393] O motivo de renúncia das teorias positivas é muito bem sintetizado por R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 96) nas seguintes palavras: "É muito mais transparente renunciar a qualquer teoria da pena, porque: a)todas elas legitimam de algum modo o estado de polícia; b)as funções positivas concedidas ao poder punitivo são falsas desde o ponto de vista das ciências sociais, não se comprovam empiricamente, provem de generalizações arbitrárias de casos particulares de eficácia, jamais tendo sido confirmadas em todos os casos ou mesmo em um

que, por se tratar de "[...] mero ato de poder que só tem explicação política", competiria ao campo do saber político definir as funções e das finalidades do sistema penal e da pena (ZAFFARONI et al., 2013, p. 108).

> Negar as teorias da pena possibilitaria não apenas concentrar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas igualmente eliminar do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política. A pena alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório nas relações internacionais), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas. (CARVALHO, 2008a, p. 137-138).

A teoria negativa nega os modelos teóricos justificacionistas ao estabelecer que o direito penal é incapaz de justificar racionalmente a imposição da pena, contudo, sem esvaziar a sanção penal de uma explicação para sua existência como fenômeno de poder, já que o problema da legitimação da sanção penal é deslocado da esfera jurídica para a esfera política. Deste modo, a intervenção penal pelo poder soberano passa a viger respaldada por uma justiça eminentemente política, cabendo ao direito impor os limites à atuação do Estado.

O direito nessa estruturação dos poderes que compõe o fenômeno punitivo atua "[...] como vínculo negativo à ação administrativa", assumindo como tarefa a redução dos danos causados pela violência pública organizada pela sanção penal através da pena, a fim de minimizar o sofrimento naturalmente gerado com a realização da coerção penal. (CARVALHO, 2008b, p. 143/144). Desta forma, a teoria negativa promove uma estrutura de contenção e limitação em contrapeso às manifestações punitivas criminalizantes das agências executivas e legislativas (legitimadas ou não), que, conforme destacado anteriormente, extrapola o âmbito manifesto da coerção penal provocando restrições e sofrimento a toda a sociedade.

No cerne dessa postura limitadora da teoria negativa está o conceito de pena; entendida como: "[...] qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito". Tal conceito afasta-se de uma formulação arbitrariamente concebida pelas agências de poder, para, a partir de dados ônticos, fornecer uma denominação da pena que engloba todas as manifestações de poder, oficiais ou não, que de fato expressam materialmente a "[...] inflição e inadequação aos modelos de solução de conflitos dos demais

---

número significativo deles; c) ocultam o modo real de exercício do poder punitivo e com isso o legitimam; d) só ocasional e isoladamente o poder punitivo cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas."

ramos jurídicos". Essa elaboração negativa[394] permite abarca todas as formas de manifestação do poder punitivo[395], submetendo todas elas ao âmbito de controle das agências responsáveis pela contenção e limitação das intervenções ilegítimas. (ZAFFARONI, 2010, p. 204).

Nesse contexto, as perspectivas da teoria negativa propõem, ao contrario do modelo de legitimação do exercício do poder punitivo das teorias positivas, um modelo de deslegitimação das violências ilegítimas, justificando e legitimando critérios de interpretação, aplicação e execução que minimizem o sofrimento imposto ao sentenciado reduzindo, assim, os danos causados pela pena ao tutelar os indivíduos contra abusos de qualquer tipo.

Quanto à disciplina prisional, a adoção das propostas da teoria negativa levaria, como se pode imaginar, a implementação de modelos de limitação das intervenções realizadas àquele título, que acabariam por legitimar meios e mecanismos de contenção do sofrimento. Como a teoria negativa afasta do seu âmbito de legitimação jurídico penal qualquer atribuição de função positiva para a pena, o mesmo se daria com a disciplina prisional. Mesmo porque o conceito de pena proposto por essa teoria também abrange as relações de disciplina prisional, na medida em que representam um meio de inflição de sofrimento que não se adéqua a qualquer modelo de solução de conflitos dos demais ramos do direito. Há, portanto, nesse conceito uma aproximação clara entre pena e as regras de disciplina prisional, que permite concluir que, segundo concepção negativa, os conflitos originados das relações de disciplina prisional não são solucionados pelas medidas administrativas e jurisdicionais, e que, assim como os conflitos que orientam a intervenção penal do Estado, estão esvaziadas de quaisquer legitimações jurídico-penais.

Nesse contexto, a teoria negativa reagiria aos sofrimentos perpetrados pelas agências executivas, no caso os órgãos e pessoas da administração prisional, com a criação de mecanismos e instrumentos de limitação do poder disciplinar e positivo configurador, seja pela criação de meios administrativos de reclamação e revisão das decisões tomadas, geralmente pouco eficazes por estarem comprometidos com a atividade administrativa, seja pelo maior envolvimento das agências jurídicas no controle das decisões e das rotinas prisionais, que assumiria, como órgão estranho ao interesses da administração, a tarefa de garantir os direitos dos presos contra intervenções abusivas, arbitrárias e ilegítimas.

Estabelecidas as justificações externas e a influência de suas determinações de justiça sobre as práticas e restrições da disciplina prisional, encerra-se a análise sobre a ordem de

[394] Nesse sentido: "Um conceito negativo de pena tem o efeito discursivo positivo de acabar com seus componentes negativos, pois permite – mediante seus vínculos ônticos – evidenciar o poder punitivo em todas as suas dimensões." (ZAFFARONI et al., 2013, p. 100)

fundamento das *razões **do** direito penal*, para, logo em seguida, iniciar a investigação da possibilidade ou não de um sistema punitivo imbuído de função corretiva, dentro do paradigma normativo e principiológico do estado democrático de direito brasileiro. Lembrando que as duas ordens de fundamento, a pesar de contidas no mesmo capítulo, não se comunicam, uma vez que desenvolvem suas discussões sobre elementos de naturezas diversas, de forma que foram trabalhadas as prescrições relativas ao dever ser das justificações externas, e serão trabalhadas as proscrições do ser referente à análise de legitimidade interna.

3.3 A (i)legitimidade interna do objetivo ressocializador da pena

Conforme estabelecido, ante a importância da *função corretiva* da pena nas determinações disciplinares dos estabelecimentos prisionais, investiga-se a *validade* das normas que associam as chamadas *ideologias re*[396] aos programas de execução penal do sistema de penas brasileiro. Assim, propõe-se uma análise da legitimidade interna dos institutos que aplicam aquela função, delimitando se essa função coaduna com os demais preceitos normativos do Estado democrático de Direito, em especial a garantia da liberdade interna dos indivíduos.

Desde a reforma penal de 1984, com o advento do Código Penal e da Lei de Execução Penal, o ordenamento brasileiro tematiza, nas palavras de S. Carvalho (2007, p. 18), seu "[...] projeto punitivo moldando-o a partir da ideia de ressocialização (prevenção especial positiva)". O objetivo está disposto expressamente: no art. 5º, item 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)[397], ratificado pelo Brasil mediante o Decreto nº 678/92, que indica a "reforma e a readaptação social dos condenados" como finalidade das penas privativas de liberdade; e no art. 1º da LEP[398], que estabelece como objetivo da pena a promoção de "condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Isto posto, não há duvidas que o Pacto de São José da Costa Rica trás em seu bojo proposta típica à função corretiva ao tratar expressamente de reforma e readaptação dos condenados, ou que a LEP apropria dessa função como objetivo

---

[395] Entram aqui os poderes punitivos manifestos, paralelos e o configurador positivo.
[396] Denominação aplicada por R. E. Zaffaroni (2013, p. 115) para denominar as diferentes ideologias alinhas a teoria de prevenção especial positiva, quais sejam: ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção etc.
[397] Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – Art. 5º, item 6: As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.
[398] LEP – Art.: 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

positivado a execução penal, mesmo que ela tenha evitando premeditadamente o uso de expressão categórica[399]. Sobre essa dissimulação da LEP, esclarece E. W. V. de Castilho (1988, p. 33) que, não obstante a LEP tenha propositalmente evitado a utilização de "[...] expressões polêmicas, tais como ressocialização, readaptação, reeducação, recuperação", como o item 14 de sua exposição de motivos indica[400], a ideologia acolhido na expressão compreende a imposição do conjunto discursivo da teoria de prevenção especial positiva, imbuindo o texto da lei com essa essência.

> Entretanto, se a pretensão é de proporcionar condições para uma harmônica integração social é porque ela inexiste. Sob outro prisma, a integração sempre é harmônica. Não há como fugir: a lei parte do pressuposto de que o condenado é um desintegrado socialmente, que precisa ser reincorporado. A razão da polêmica existente em relação à ressocialização subsiste, apenas mascarada sobre outra expressão. O conteúdo é o mesmo. (CASTILHO, 1988, p. 33)

Ademais, a função corretiva está disseminada em diversos institutos da LEP, fazendo-se presente em práticas e atitudes do sistema de penas brasileiro ao orientar o programa de restrições latentes impostas aos presos e definir a atuação da administração prisional no desenvolvimento de sua atividade. O que pode ser facilmente constatado a partir do peso associado à noção de periculosidade, que movimenta todo o aparato totalizante e defensivista de imposição disciplinar, e ainda condiciona a disponibilidade de direitos aos presos. Afinal, o tempo de privação da liberdade suportado pelo apenado é diretamente relacionado à adequação dele para com o regime disciplinar imposto, quanto mais indisciplinado e resistente for o preso, mais tempo ele permanece em regime mais gravoso de pena[401], podendo até mesmo cumprir toda a sua pena sem nunca progredir regime ou usufruir de direitos, como saída temporária, comutação, livramento condicional, etc. Desta forma, é evidente que a prognose de periculosidade do preso, auferida por meio do exame criminológico e da sua adequação aos ditames disciplinares, é tão, se não mais relevante ao status de liberdade do apenado que a sua responsabilidade e culpabilidade sobre a conduta criminosa que o levou até ali, o que já denota a adoção da função corretiva sobre o sistema de penas brasileiro.

---

[399] Veja nota de rodapé nº 115.

[400] Exposição de Motivos da LEP – Item 14: Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

[401] "O discurso disciplinar incorporado pela LEP perpassa transversalmente as práticas e, legitimado normativamente, impede qualquer possibilidade de resistência dos apenados contra as violências do poder público." (CARVALHO, 2008b, p.219)

Sendo assim, é patente que o sistema de penas brasileiro se orienta segundo uma função corretiva, de viés ressocializador, o que institui a execução penal como meio próprio à imposição de tratamento ao preso objetivando sua reforma interna a fim de ressocializá-lo e reintegrá-lo a sociedade. Conforme visto anteriormente, quanto do estudo das doutrinas de prevenção especial positiva, a pena, meio de instrumentalização compulsória do apenado, usa do direito para subjugar de forma radical todos os aspectos da liberdade humana ao autorizar não só a restrição do corpo dos sentenciados, como a invasão do âmbito de autodeterminação dos sujeitos para subscrever a inferioridade (patogênica ou moral) da qual padecem reprogramando-os segundo os valores, virtudes e ânimos tidos pelos operadores do sistema como ideais e corretos a convivência social. O meio típico à realização desse objetivo é o denominado tratamento prisional que se vale de elementos como trabalho, estudo, religião, assistência social, entre outros, especialmente a disciplina prisional, para operar a reforma pretendida sobre o sentenciado, sendo esse tratamento o principal responsável, juntamente com a necessidade de manutenção da ordem e da segurança, pela definição das restrições latentes impostas e dos direitos disponibilizados aos presos.

Ante o exposto, tendo em vista que a função corretiva da pena está positivada no ordenamento jurídico brasileiro e informa postura ressocializadora do sistema de execução penal desse país, a pergunta que impende responder, a fim de analisar o juízo de validade desse objetivo ressocializador, é: o Estado pode forçar, por meio do seu poder punitivo, uma reformulação dos valores e virtudes morais do apenado, reprogramando-o segundo parâmetros socialmente aceitáveis?

3.3.1 O Estado pode forçar a ressocialização do apenado?

Para responder a essa pergunta deve-se identificar, inicialmente, que qualquer interferência compulsória sobre a liberdade e a autonomia de consciência dos indivíduos, conflita diretamente com o princípio metajurídico e meta-ético de separação entre direito e moral, e infringe direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos no art. 5º da CRFB/88, que garantem ao indivíduo a liberdade e a autonomia de seu foro íntimo.

O princípio de separação entre direito e moral, segundo informado anteriormente[402], ao firmar o direito em um âmbito independente e desvinculado de proscrições morais e estabelecer a autonomia das prescrições morais em relação às normas de direito postas, separa

[402] O princípio de separação entre direito e moral foi desenvolvido em capítulo prévio desse trabalho intitulado: O princípio de separação entre direito e moral (3.1.1).

o espectro de ingerências desses elementos, um sobre o outro, e reforça um modelo de relações embasado nos preceitos de respeito à liberdade inata dos indivíduos e de tolerância para com as diferentes configurações axiológicas alcançadas em função dessa liberdade. Vale aqui repetir a afirmação em que de L. Ferrajoli (2010, p. 208) diz que: "o cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* internamente ruim e permanecer aquilo que é". Isto implica, segundo lição de L. Ferrajoli (2010, p. 208), que, no âmbito das execuções penais, a pena não deve embasar ou associar suas práticas a qualquer teor ou finalidade moral, nem deve impor qualquer transformação nesse sentido. A liberdade interna, nessas condições, compreende matéria inegociável e indisponível às restrições e barganhas relativas à constituição e manutenção da relação de poder entre indivíduos e Estado, sob pena de desmantelar o discurso e a prática democrática de tolerância para com as diferenças e fulminar a diversidade dos seres humanos tolhendo-lhes a dignidade e humanidade. Imperativo, portanto, que o poder estatal cumpra como limite intransponível à sua atuação a garantia da autonomia de pensamento e da consciência humana, uma vez que essas representam pressuposto essencial à concepção de liberdade humana, e é imprescindível à noção atual de democracia pautada sobre o princípio de separação entre o direito e a moral.

Ademais, em consonância a esse princípio, a CRFB/88 assegurou, dentre os direitos individuais fundamentais, os desdobramentos necessários ao pleno desfrute da liberdade interna dos seres humanos, garantindo: o direito à livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV da CRFB/88[403]); o direito e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art.5º, VI CRFB/88[404]); o direito à liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII CRFB/88[405]); a inviolabilidade e o direito à intimidade e o respeito à vida privada (art. 5º, X da CRFB/88[406]); e à garantia de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX CRFB/88[407]). O que alinha o âmbito de proteções dos direitos fundamentais estabelecidos pela CRFB/88 aos princípios de separação entre direito e moral, e consequentemente ao princípio da dignidade humana e

[403] CRFB/88 – Art. 5º: […] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; […]
[404] CRFB/88 – Art. 5º: […] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; […]
[405] CRFB/88 – Art. 5º: […] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; […]
[406] CRFB/88 – Art. 5º: […] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; […]
[407] CRFB/88 – Art. 5º: […] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; […]

princípio da humanidade, já que sua função básica de tolerância assegura o valor e a liberdade inata seres humanos.

Assim, por tudo o que foi exposto, é patente a proteção constitucional à liberdade e à autonomia de pensamento frente a qualquer ingerência externa que vise compulsoriamente subverter a constituição moral forma pelo indivíduo enquanto ser livre e capaz. Com isso, conclui-se que, como a ressocialização por meio da imposição de medidas de ortopedia social e emenda dos presos implica justamente na desconstrução e reprogramação dos valores e pensamentos do apenado, o dispositivo que prescreve a função corretiva da pena e as normas e princípios constitucionais que impõem o respeito à liberdade interna dos indivíduos não se compatibilizam. Tal constatação, no entanto, não encerra a presente análise, afinal diante essa diafonia do sistema legal impende agora, objetivando um juízo de validade da função corretiva da pena, determinar quais dispositivos se sobressaem ante a hierarquia normativa e o conjunto de valores e princípios estabelecidos e quais deveriam ter sua eficácia afastada no cumprimento da execução penal.

Os principais argumentos de legitimidade levantados a favor da função corretiva da pena disposta no art. 1º da LEP especam a validade da norma sobre dois pontos: o primeiro, indicado por M. Pavarini e A. Giamberardino (2011, p. 228), afirma que a "[...] a prevenção especial positiva expressa pelo art. 1º da LEP foi recepcionada e acolhida pela Carta Magna com a afirmação da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República (art. 1º, III, CR) e o *princípio da individualização* (art. 5º, XLVI, CR)"; o segundo dispõe que o dispositivo é valido e deve ser aplicado em razão da preponderância do direito social de segurança, constitucionalmente estabelecido, sobre os direitos individuais de liberdade interna. Os dois argumentos, entretanto, não devem prosperar.

O primeiro argumento não se sustenta frente à constatação de que a própria intervenção e manipulação da consciência, dos valores e dos pensamentos de uma pessoa não presta a lhe garantir ou atribuir dignidade, pelo contrário, ela atenta contra a humanidade e os preceitos fundamentais à fixação da dignidade da pessoa humana. A desconstrução e a manipulação das faculdades mentais de uma pessoa a despoja de aspecto essencial à definição do valor humano, a liberdade e subjetividade, indispensáveis à noção de humanidade[408]. Além disso, os argumentos que consideram vida digna apenas aquelas vividas em conformidade com os valores sociais e morais amplamente aceitos, não atribuindo dignidade às formas de

[408] "Observa-se que o tratamento coercitivo equivale à manipulação psicossocial do homem, como a cirurgia de mutilação, a "bihavior modification" e os métodos psiquiátricos aplicados a adversários políticos." (ALBERGARIA, 1993, p. 48)

vidas tidas como espúrias e viciosas, não podem ser aceitos uma vez que pautados em um claro preconceito com as formas alternativas de vida sobrelevando sobre terceiros valores morais próprios, em clara confusão entre direito e moral. No mais, a individualização da pena, ainda que associada ao tratamento prisional, é erigida pela constituição como um direito individual que garante ao apenado o exercício individualizado de direitos na execução penal, não o direito do estado ou da coletividade imporem forçadamente sobre ele os elementos necessários a sua ortopedia social.

Quanto ao segundo argumento, apesar de em muitas vezes ser possível e necessário fazer uma ponderação entre princípios de direito que, em razão do caso concreto, indicam caminhos contraditórios a serem seguidos, o suposto conflito indicado entre o direito social de segurança e o direito individual de liberdade e autonomia do foro íntimo, com a imposição de medidas de ortopedia social e emenda do apenado, não decorre de uma causalidade concreta entre as orientações de cada preceito, não sendo necessário, nesse caso, a escolha de um em detrimento direto do outro.

> [...] o argumento de segurança, que é próprio do Estado Social (presente nos relatórios das comissões de classificação e nas avaliações médicas e sociais da execução), nunca poderá determinar a supressão ou a não concretização de um direito individual, previsto na constituição de forma declarada e concreta. Nem mesmo a título do juízo de proporcionalidade, tendo em vista que o valor administrativo de segurança não é um juízo presente e concreto, mas uma prognose abstrata (médica, sociológica ou administrativa), pode-se afastar o gozo de um direito individual elucidado de forma clara e objetiva na Constituição da República Federativa do Brasil. Vale sempre lembrar, que o discurso de segurança é um exercício de futurologia e o discurso dos direitos fundamentais é embasado numa clara declaração de direitos presente no texto da atual Constituição. (BATISTA, 2005, p. 239-240)

A intervenção penal sobre os indivíduos visando garantir o direito de segurança só se justifica quando está é a última medida disponível e necessária para parar condutas que estão infringindo ou em vias (concretas) de infringir dano ou colocar em perigo bens jurídicos relevantes protegidos pelo aparato de coerção penal, conforme indica o princípio da intervenção mínima[409]. Qualquer atuação fora desse âmbito importaria em exercício ilegítimo do poder punitivo, uma vez que ele estaria restringindo a liberdade de indivíduos pautada única e exclusivamente na possibilidade (preconceituosa) de que a situação de perigo que ela quer evitar vai acontecer. Que é o que se observa na proposta de imposição de medidas de ortopedia social e emenda do apenado a fim de garantir o direito à segurança da coletividade,

[409] O que, é claro, não impede que o poder público se prepare para uma eventual situação, mas essa preparação não pode envolver a restrição de direito ou a imposição de obrigações aos indivíduos, sejam eles homens sentenciados ou não.

uma vez que a intervenção penal ressocializadora decorreria de juízos prospectivos e probabilísticos acerca da periculosidade dos apenados, em patente violação aos princípios constitucionais penais, como o princípio da legalidade[410], necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade, afinal, a atividade, por mais que esteja assessorada por critérios científicos, se embasaria em exercícios de futurologia, pois a dinâmica humana é imprecisa e, mesmo que todos os indícios indiquem para um caminho, ele pode não ser tomado por uma infinidade de variáveis tanto internas quanto externas ao homem[411].

> A periculosidade, encoberta na aplicação judicial pelos termos *personalidade* e *conduta social*, representa nada além de juízo futuro e incerto sobre condutas de impossível determinação probabilística, aplicada à pessoa rotulada como perversa, com base em uma questionável avaliação sobre suas condições morais e sua vida pregressa. (CARVALHO, 2008b, p. 135)

Assim, ante essa indeterminação, não se pode justificar a violação de direitos assentados constitucionalmente e em plenas condições de exercício, em razão de prognósticos defensivistas e, muitas das vezes preconceituosos e moralistas[412], embasados em palpites. Não havendo, portanto, relação de causalidade direta que justifique a escolha entre o direito social de segurança da coletividade e a o direito individual de liberdade e autonomia do foro íntimo dos apenados.

Por outro lado, as medidas de terapêuticas impostas compulsoriamente em razão da função corretiva da pena de viés ressocializador, violam, ao operar a subscrição dos valores, virtudes e ânimos dos sentenciados por outros de sua opção mediante o tratamento prisional, o princípio de separação entre direito e moral ao utilizarem-se do direito para impor sua própria

---

[410] Nesse sentido: "No âmbito do direito penal material, as doutrinas antropológicas positivistas que fundamentam os juízos de periculosidade e seus institutos análogos (conduta social, personalidade, reincidência e antecedentes) ferem dramaticamente o princípio da legalidade em seu subprincípio previsibilidade mínima (taxatividade), pois *inspiraram, no melhor dos casos, modelos penais de legalidade atenuada, isto é, caracterizados por figuras de crime elásticas e indeterminadas por espaços de fato, se não de direito, abertos à analogia in malam partem*, abrindo caminho *nos piores casos, às muito mais nefastas doutrinas antiformalistas que constituíram a base teórica dos ordenamentos penais totalitários.*" (CARVALHO, 2008b, p. 135-136)

[411] Nesse sentido: "Dada a complexidade do conceito de personalidade, torna-se inviável ao juízo da execução produzir uma avaliação dinâmica e, sobretudo, pacífica da personalidade do condenado. Trata-se de conceito fluido, que não autoriza um juízo de certeza necessário à segurança jurídica. De fato, utilizar em desfavor do condenado um significado tão mutável e incerto como o da personalidade significa romper com os limites impostos pela própria legalidade. A penalização dirigida à personalidade do condenado ainda transgride o princípio constitucional da lesividade, princípio este que demanda a realização de uma conduta criminosa exteriorizada e capaz de lesionar ou ameaçar concretamente a liberdade alheia." (ROIG, 2017, p. 156)

[412] "A prática histórica dos pareceres e laudos destinados a fornecer elementos para a decisão judicial sobre os direitos subjetivos da execução penal demonstrou a forte influencia da criminologia de viés médico-psicológico e a consequente legitimação de um padrão moralista edificado na suposta recuperação dos sujeitos criminalizados. A elaboração dos laudos fundada na avaliação e julgamento pseudocientífico da personalidade dos sujeitos criminalizados reforçava a construção e a consolidação de estereótipos com a consequente e

concepção moral sobre os apenados, e os direitos postos constitucionalmente que asseguram a liberdade e autonomia interna dos indivíduos, quais sejam, os já mencionados, o direito e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art.5º, VI CRFB/88); o direito à livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV da CRFB/88); a inviolabilidade e o direito à intimidade e o respeito à vida privada (art. 5º, X da CRFB/88); o direito à liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII CRFB/88); e à garantia de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX CRFB/88). A remodelação forçada da moral do preso pelo tratamento prisional passa, invariavelmente, pela quebra de um mais desses direitos, pois para incutir sobre sua mente novos parâmetros sobre o que é certo ou errado (o que é moral e o que é imoral, o que é virtuoso e o que é corrupto, em suma, o que é o bem e o que é o mal), ele precisa usar de meios que acessem e dominem (ou destruam) todas as concepções morais, ideológicas, religiosas, políticas, etc., construídas por aquele ser no exercício de sua potencialidade liberta, mas que o condiciona a criminalidade, para então adestrá-lo, a partir de reforços positivos e negativos de toda ordem – como, a imposição de duros castigos em resposta a indisciplina, ou da associação do trabalho como algo positivo que lhe dá acesso a benesses e lhe ajuda a ocupar o tempo e a mente, entre outros – para que assuma novo interior, adequado ao modelo socialmente aceitável. Nesse ínterim, esse processo terapêutico totalizante, paternalista e moralista do tratamento prisional viola, sistematicamente, ao promover seus instrumentos e o domínio do corpo, da mente e do ânimo do sentenciado, os direitos elencados anteriormente, como, por exemplo: a intimidade e a privacidade através da vigilância e averiguação constante dos corpos e dos espaços; liberdade de expressão ao impor modelo disciplinar orientado a supressão de toda e qualquer manifestação subversiva à ordem, independentemente da legalidade o da justeza da manifestação; entre outras.

Ante todo o exposto, a única resposta aceitável a análise de validade das ideologias ressocializadoras é a de que ela representa uma violação injustificada do princípio de separação entre direito e moral, além de transgredir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos no art. 5º da CRFB/88, que garantem ao indivíduo a liberdade, autonomia e a privacidade do foro íntimo. Assim, o art. 5º, item 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o art. 1º da LEP, bem como os demais dispositivos de execução penal que orientam a realização de objetivo ressocializador da pena, são inconstitucionais quando implicam imposição forçada daqueles

---

constante negativa dos referidos direitos, vez que não raro eram dotados de prognose delitiva." (CACICEDO, 2015, p. 311)

fins aos apenados, o que não se compatibiliza com os princípios e valores dispostos pelo sistema democrático de direito brasileiro decorrentes da adoção do preceito democrático de separação entre direito e moral essencial, além de violar: o direito à livre manifestação de pensamento, o direito e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, o direito à liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, a inviolabilidade e o direito à intimidade e o respeito à vida privada, à garantia de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

> De tudo isso resulta uma conclusão lógica: toda *ressocialização* cogentemente imposta é inconstitucional. Vimos que, em decorrência do princípio da proporcionalidade, os efeitos eleitos pelo legislador devem ser adequados constitucionalmente. Ora, se a Lei de Execução Penal determina, em seu art. 1º, que é um dos objetivos da execução penal *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*, deve-se reler tal norma pragmática em atenção às garantias constitucionais do cidadão e, dentre elas, está o direitos à liberdade interna. Ao preso deve ser conferido o direito de, se assim desejar, ressocializar-se. A ninguém é dado o direito de obrigar outrem a pensar desta ou daquela maneira, mas sim, apenas, de regular condutas que sejam concretamente lesivas a interesses alheios. (SCHMIDT, 2007b, p. 215-216)

Destaca-se, no entanto, como se fez questão de diferenciar durante toda essa parte, a inconstitucionalidade aqui arguida diz respeito tão somente aos casos em que as ideologias de ressocialização são impostas compulsoriamente ao apenado, até porque, se a reforma operada é voluntária ela parte da própria liberdade e autonomia interna do indivíduo, representando em verdade, não a violação, mas a avocação dos direitos mencionados anteriormente. Nesse sentido, a função de reintegração social da pena é disposta, a partir de uma reinterpretação restritiva do termo, como uma obrigação do estado de proporcionar os elementos necessários a reintegração do apenado e um direito do apenado de consentir ou não com o plano proposto[413]. O que, de fato, alinha melhor a execução penal aos preceitos democráticos e limitadores do estado de direito postos que, ainda que não seja ideal, afinal ainda pressupõe o desajuste e a inferioridade do apenado, já indica uma saída a função corretiva forçada que, apesar das inúmeras e antigas críticas, persistem com grande força ainda hoje.

Não obstante, independentemente da interpretação ou da função assumida, deve-se concordar com S. Mir Puig (1982, p. 34) quando diz que: "[…] é preciso uma concepção democrática da execução penal e da penas que se baseie na participação do sujeito, e não

[413] SCHMIDT, 2007b, p. 216.

persiga a imposição de um determinado sistema de valores, mas tão somente amplie as possibilidades de eleição do condenado”[414].

[414] No original: "[…] es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino sólo ampliar las posibilidades de elección del condenado.”

4 O HIATO DE LEGALIDADE DAS NORMAS DICIPLINARES PRISIONAIS

O programa de restrições manifestas e latentes imposto pela administração prisional para controlar os diferentes aspectos da vida dos seus administrados constantemente falha em acompanhar as prescrições normativas e ideológicas de proteção à dignidade e aos direitos dos presos. Essa incongruência, entre os direitos e garantias juridicamente assegurados e o âmbito de restrições e sofrimentos impostos com a efetivação da medida de intervenção penal, é produto, dentre outros fatores, do desamparo e da insuficiência legal de alguns institutos e dispositivos da execução penal, que padecem de critérios (quando existentes) suficientes de legalidade. O que remonta, como se faz notar, à conturbada história dos direitos e garantias dos presos na execução penal, que tardou a assentar a garantia da legalidade no âmbito de suas atuações, mas que quando o fez evoluir de um contexto quase sem amparo nenhum da legalidade, para a atual realidade brasileira, onde o princípio vigora, mas em razão de uma série de formulações deficitárias disponibiliza tantos espaços de discricionariedade que a garantia perde a sua função de limitação do poder punitivo.

A história de incidência da garantia da legalidade na execução penal acompanha a própria história de reconhecimento dos direitos dos presos e da superação do modelo administrativista de execução penal. Como já foi dito, a execução penal, por muito tempo, foi realizada sobre uma visão geral que desconhecia qualquer pretensão de direitos aos presos. Naquele contexto, em função da relação de sujeição existente entre o indivíduo e a administração pública, a garantia da legalidade, dentre outros meios de controle da atuação do poder público, era mitigada, a fim de proporcionar um ambiente de maior discricionariedade à atuação da administração prisional, para que ela pudesse orientar mais livremente sua atividade segundo seu juízo de oportunidade e possibilidade. As regulamentações existentes, inclusive, eram escassas e, muitas das vezes, determinadas pelo próprio órgão administrativo, que, não há de se estranhar, constituía o sistema regulamentar segundo seus próprios interesses[415]. Assim, toda a restrição de direitos e imposição de comportamento estava justificada se fosse para promover as funções atribuídas à pena e garantir a ordem, a disciplina

[415] Y. Catão e E. Sussekind (1980, p. 64) alarmavam sobre a ausência de legalidade no sistema penitenciário, destacando que: “No particular aspecto da proteção dos direitos dos presos o material legislativo é mais do que escasso. As lacunas da lei são, em geral, suprimidas pelos regulamentos, regimentos internos de prisão, portarias, circulares, em suam, por toda uma gama de atos normativos de natureza não-legislativa.”

e a segurança do estabelecimento[416]. Nesse sentido destaca E. W. V. Castilho (1988, p. 68) que: "Em suma, ignorava-se e até negava-se a questão da legalidade na execução sob a pretensa justificativa de que se tratava de atividade administrativa, como se essa não pudesse ou não devesse ser passível de controle jurisdicional." Conjuntura essa responsável por inúmeros sofrimentos e restrições além das legalmente impostas, e um ambiente predisposto a situações de abuso e excessos. Ilustrando essa situação, destacam-se as palavras de R. Lyra (1963, p. 20), que há 50 anos, observando o que se identifica como os efeitos da discricionariedade proporcionada pela ausência de legalidade, pontuou diversas situações de abusos desse modelo em que a administração prisional disponibilizava de ampla liberdade:

> Pela Constituição Federal, o juiz não pode aplicar pena, ainda pecuniária ou acessória, que lei anterior não cominou, mas o carcereiro (ou seu subalterno) cria, aplica e executa penas ou agrava-as extremamente; inuma homens em solitárias (prisão dentro da prisão); condena-os à fome à sede; priva-os de visitas e correspondência; confisca-lhes indiretamente, o pecúlio e o salário; explora seu trabalho; isola-os em ilhas; concentra, em instantes de castigo, a perpetuidade da dor, da revolta e da vergonha.
> A Constituição proíbe que a pena passe da pessoa do criminoso. Entretanto, a família dele, a mais das vítimas, sofre todas as humilhações até a perdição e a miséria.
> O Poder Executivo, por meio do carcereiro e de seus subordinados, como que irroga penas, de plano e secretamente, ofendendo, mais que os direitos constitucionais, os direitos humanos. (LYRA, 1963, p. 20)

Hodiernamente, o princípio da legalidade na execução penal está assentado como garantia fundamental do indivíduo perante as forças punitivas estatais[417], apresentando a teoricamente semelhante força e importância que ocupa nos demais ramos das ciências penais normativas (o que nem sempre foi observado), afinal, embasados, como se faz notar, sobre os mesmos valores normativos e normas. Comparado ao direito penal e ao processo penal, a incidência do princípio da legalidade na execução penal ocorreu muito tardiamente. E. W. V. Castilho (1988, p. 23), indica que entre o anuncio do princípio da legalidade penal e o reconhecimento do mesmo na execução penal transcorreu mais de um século, sendo somente

---

[416] "A preocupação fundamental do sistema, como vimos, é como a segurança e a ordem, que são mantidas através da disciplina estrita. Os regulamentos são amplos, vagos, arbitrários, desnecessariamente humilhantes ou restritivos. Como vimos, a autoridade dos guardas é sempre mantida, independentemente da veracidade de suas denúncias." (FRAGOSO, 1980, p. 34)

[417] "[...] o princípio da legalidade abrange, também, a execução penal, sendo que a própria margem, deixada à discrição da autoridade administrativa, há de conter-se nos limites dos regulamentos e das instruções. Não se compreende que, na fase mais grave e mais importante da atuação da justiça, esta abandone os homens que mandou ao cárcere e degrade a função pública da pena." (CARVALHO, 2008b, p.167). No mesmo sentido: "La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Naturalmente la vida en prisión no se agota con lo previsto en la Ley, pero el respeto al sistema legal durante la ejecución de la privación

a partir dos anos de 1930 que a legalidade foi seriamente desenvolvida no âmbito do direito penitenciário[418], demorando mais alguns anos até se firmar de forma inequívoca. Somente com a consolidação dos direitos dos presos, fruto de um processo que perdurou do final do séc. XIX até meados do séc. XX, foi que a execução penal tomou um fôlego de legalidade com os movimentos de positivação da atividade prisional e dos direitos e garantias dos presos.

> Ressalta assim a importância do movimento legislativo relativamente ao domínio da execução das penas, subtraindo-o ao arbítrio da administração. Se bem que o reconhecimento de tal garantia jurídica, na generalidade dos países, seja recente, marca esta tendência um momento de viragem na compreensão da posição *jurídica* do recluso, ao mesmo tempo em que lhe "restituiu" a sua autêntica dimensão de ser humano: o indivíduo recluso torna-se verdadeiro *sujeito* de direitos que lhe demarcam a fronteira da humanidade. (RODRIGUES, 1999, p. 26)

Nesse contexto, o princípio da legalidade está hoje inequivocamente assentado na execução penal, cabendo a ele a função delimitadora e limitadora do poder punitivo, devendo, como bem destaca R. A. Dotti (1998, p. 391), "demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela execução". O que deve-se traduz na definição estrita dos elementos da execução penal – como, por exemplo, o direito e deveres dos presos; as espécies de pena; os requisitos para progressão de regime, saída temporária ou livramento condicional; as regras de disciplina prisional (tipos de faltas, sanções disciplinares e o processo de verificação e cominação da faltas); etc. – segundo os critérios formais e interpretativos impostos pelo princípio da legalidade[419]. Desta forma, a função basilar atribuída a ele ocupa-se da constituição e limitação das relações sistêmicas envolvidas pela execução penal, seja regulamentando as práticas e restrições impostas, ou estabelecendo o programa e a forma de efetivação dos direitos e garantias dos sentenciados, incluindo, de forma inequívoca, a execução penal à agenda de limitação do *potentia puniendi*, tão cara ao Estado de Direito. Nesse sentido, a execução penal compõe parte importante do sistema punitivo, o que torna impraticável a separação entre a execução penal e a legalidade,

---

de libertad implica que la misma no puede ser reconocible o comprensible sin su referencia a las disposiciones legales." (MARTÍN, 2011, p. 254)

[418] A importância a premência pelo reconhecimento e aplicação do princípio da legalidade na execução penal o levou, como destaca A. B. Miotto (1992, p. 41), a posição de destaque no relatório do IV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Paris em 1937, que concluiu pela importância de se observar o mesmo no âmbito do Direito Penitenciário.

[419] "O princípio da legalidade na execução das penas importa na reserva legal das regras sobre as quais as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob reserva legal, evitando-se o uso de conceitos de sentido aberto." (CASTILHO, 1988, p. 25)

reconhecida como um “desdobramento lógico inevitável” (CASTILHO, 1988, p. 23) do Estado de Direito. Abandonar a legalidade na execução penal é permitir que a maior e mais temerária violência organizada pelo Estado se desvie dos valores e ideias tão caros ao Estado de Direito, para se convalidar a partir da ampla discricionariedade dos agentes prisionais, criando assim um espaço propício as mais variadas formas de abusos e arbítrios.

> Se a execução penal se traduz em uma limitação de direitos, ela não pode ficar fora da legalidade, por ser a própria punição ou sua manifestação mais importante. É hoje inadmissível a concepção da execução penal como “especial relação de poder” que se exerceria desreguladamente, ao sabor e orientações de objetivos e finalidades conjunturais. (ZAFFARONI et al., 2013, p. 220)

No Brasil as discussões sobre a legalidade na execução penal ocuparam importante espaço nas discussões promovidas acerca das demandas de reconhecimento da dignidade e dos direitos dos presos. Discussões essas que culminaram na reforma penal de 1984, que trousse uma nova parte geral para o Código Penal brasileiro (Lei nº 7.209/84) e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) hoje vigente. Essa última inclusive manifestamente orientada à garantia do princípio da legalidade na execução penal que, mesmo não trazendo uma disposição expressa de aplicação generalizada[420], surge, como sua própria exposição de motivos evidencia, em socorro a uma execução que padecia de um infesto *hiato de legalidade*[421], pelo qual se promoviam sistemáticos excessos e abusos que se aproveitavam da ampla discricionariedade disponível a administração prisional. O peso do princípio da legalidade sobre os institutos e dispositivos da LEP, que não só evoca o princípio de forma recorrente para justificar as escolhas tomadas no desenvolvimento de seus institutos, como se pode observar, *v.g.*, nos itens 168[422] e 171[423], como, inclusive, está impresso de forma

[420] O art. 45 da LEP restringe-se às faltas e sanções disciplinares.

[421] Expressão utilizada, conforme mencionado anteriormente, pelo (ex-)Ministro de Estado da Justiça Ibrahim Abi-Acbel em Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito instituída em 1975 na Câmara dos Deputados (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao nº 61, de 4-6-1976, pág. 9), e citada no item 7 da Exposição de Motivos da LEP, de redação do mesmo ex-ministro.

[422] Exposição de motivos da LEP – Item 168: Todo procedimento está sujeito a desvios de rota. Em harmonia com o sistema instituído pelo Projeto, todos os atos e termos da execução se submetem aos rigores do princípio de legalidade. Um dos preceitos cardeais do texto ora posto à alta consideração de Vossa Excelência proclama que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei" (artigo 3º).

[423] Exposição de motivos da LEP – Item171: Pode-se afirmar com segurança que a execução, no processo civil, guarda mais fidelidade aos limites da sentença, visto que se movimenta pelos caminhos rigorosamente traçados pela lei, o que nem sempre ocorre com o acidentado procedimento executivo penal. A explicação maior para essa diferença de tratamento consiste na provisão de sanções específicas para neutralizar o excesso de execução no cível - além da livre e atuante presença da parte executada -, o que não ocorre quanto à execução penal. A impotência da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de

categórica no item 19 da exposição de motivos da LEP, que afirma: "o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometem a dignidade e a humanidade do Direito Penal".

Sobre o cumprimento dessa agenda, destaca R. D. E. Roig (2005, p. 139) que:

> A Lei de Execução Penal foi concebida como o instrumento normativo capaz de conferir humanidade e racionalidade ao tortuoso processo de injunção da pena privativa de liberdade ao indivíduo. No entanto, a despeito de alguns avanços, não se verifica substancialmente, uma ruptura em relação ao modelo penitenciário tradicional, calcado no discricionarismo administrativo, no cientificismo etiológico e na arraigada visão positivista da pena. (ROIG, 2005, p. 139)

Desta forma, não obstante a LEP tenha ocorrido para corrigir o hiato de legalidade da execução penal preenchendo alguns dos espaços vazios, como ela o fez abastecendo o sistema com dispositivos abertos e imprecisos, as consequências práticas de suas disposições, como bem destaca S. Carvalho (2008b, p. 207), foram a de total desregulamentação da matéria, que:

> [...] ao tentar otimizar a legalidade da execução penal através de um estatuto único perpassado pelo princípio da jurisdicionalização, acabou, 'acidentalmente', submetendo os direitos do condenado a uma estrutura administrativa-disciplinar e clínico-criminológica, na qual os direitos ficam invariavelmente subordinados aos laudos técnicos e aos procedimentos disciplinares. (CARVALHO, 2008b, p. 207)

Explica-se melhor. Como órgão responsável pela definição e imposição prática do conjunto de restrições aplicadas em razão das medidas punitivas e cautelares, a administração prisional sempre ocupou, como ainda ocupa, posição preponderante na execução penal. Assim, a interpretação, valoração e juízo de oportunidade que ela faz sobre os dispositivos legais definem, segundo seu arbítrio, como correrá a execução[424]. Na medida em que a LEP delineia a execução penal com dispositivos amplos e imprecisos, e critérios que sobrelevam o cientificismo do tratamento prisional, ela fomenta situações de discricionariedade para a administração cobrir. Com ela "[...] o hiato de legalidade está preenchido, mas por uma legalidade efêmera e extremamente afrontada pelo obscurantismo penitenciário" (ROIG, 2005, p. 125). É verdade que ela deveria cumprir o papel de norma geral sobre execução penal do país, o que demanda certa generalidade em suas disposições, mas essa constatação não

---

tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso de poder.

[424] "Por um lado, não há dúvidas de que a execução penal é regida pelo princípio da legalidade. Por outro, uma perspectiva crítica e descritiva deve sublinhar que o *cotidiano* da prisão é pleno de decisões de conveniência e oportunidade – discricionárias – tomadas pela autoridade administrativa, as quais têm por escopo primevo não o tratamento individualizado e reeducativo, mas a manutenção da ordem interna." (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 233)

justifica nem afasta as falhas de legalidade da LEP, cuja principal função era proporcionar os elementos necessários a determinação de um cumprimento de pena uniforme em todo o país, assegurando os direitos dos presos e limitando o poder punitivo na execução penal, o que não é satisfeito. Assim, ao invés de restringir o espectro de arbítrios, as indeterminações normativas causadas pelas suas falhas de legalidade acabam suprindo um efeito inverso ao pretendido, disponibilizando maior poder de controle a administração prisional.

Nesse estado de coisa, a legalidade insuficiente da LEP na definição de seus contornos é responsável por disponibilizar, ante seus dispositivos abertos e indeterminados, âmbitos levianos de discricionariedade à autoridade administrativa, que se apropria desse espaço para exercer de forma ainda mais restritiva seu *poder disciplinar* sobre todos os aspectos da vida intramuros.

> Este âmbito, no qual a própria lei renuncia aos limites da legalidade, em que desaparece qualquer função garantidora dos tipos penais e do qual se exclui a intervenção normal dos órgãos judiciais, é a base indispensável para que possa operar o verdadeiro exercício do poder do sistema penal, ou seja, para que opere o poder configurador dos órgãos do sistema penal e para que só eventualmente se possa exercer uma repressão maior que a autorizada nos casos supostamente reservados ao discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 2010, p. 23)

Desta forma, como a administração prisional é a principal responsável pela interpretação e promoção dos conteúdos da execução penal, ela acaba realizando uma execução penal tendente a ocasionar os fins da administração pública em detrimento dos direitos e liberdades dos presos, não havendo parâmetros legais suficientes a condicionar e restringir essa tendência[425]. A garantia da ordem, da disciplina, da segurança e a realização do tratamento prisional figuram sempre em primeiro plano, enquanto o as garantias que visão assegurar a dignidade e os direitos dos presos são alocadas para planos inferiores de prioridade, o que acaba por definir um programa de restrições latentes orientado à constituição do ambiente prisional totalizante, com elevados níveis de imposições restritivas e limitativas de direitos[426]. Uma situação que se agrava como o pequeno envolvimento jurisdicional na efetivação e no controle da execução penal que, mesmo depois da LEP, ainda está muito distante da rotina carcerária ao se ocupar dos critérios formais da execução e não

[425] Nesse sentido: "[...] as reivindicações do preso e da massa carcerária, não esporadicamente, são desprezadas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, representada neste universo pelos signos da disciplina e da segurança." (CARVALHO, 2008b, p. 153)

[426] Nesse sentido: "Não se pode ignorar, nesse contexto, a configuração fisiológica de um ambiente de constante tensão entre necessidades disciplinares e o tratamento penitenciário ressocializante. Não que as finalidades de ressocialização sejam sempre estranhas à atuação da administração penitenciária; mas elas não constituirão

interferindo na concretização de seus comandos; e com o próprio caos sistêmico e estrutural que assola a execução penal brasileira que, ante as situações de superlotação, escassez de recursos e pessoal, e a omissão social e política às mazelas do cárcere, acaba justificando modelos de maior restrição e controle.

> Se a característica da descodificação é a criação de uma desordem jurídica em decorrência da sobreposição da estrutura do direito administrativo ao penal, percebe-se, com a autonomização da execução, uma substancial redução dos direitos e garantias penais e processuais penais em prol da estrutura disciplinar e criminológica. Não obstante, diferentemente do que representa um estatuto processual penal de garantias, o estatuto executivo autônomo superdimensiona a noção de segurança que, em choque com os direitos e garantias do preso, acaba preponderando. (CARVALHO, 2008b, p. 207)

Ademais, conforme visto anteriormente, a LEP não é o único instrumento responsável pela implementação da legalidade na execução penal, sendo ela responsável apenas pela instituição das normas gerais de execução penal no país. Assim, cumpre também aos Estados e ao Distrito Federal, por meio de sua competência suplementar, regulamentar a execução penal desdobrando, a partir das normas gerais da LEP, as especificações necessárias a efetivação dos diferentes institutos da execução penal. Todavia, essa oportunidade também foi mal aplicada, como se vê na experiência regulamentar de Minas Gerais que cumpriu insuficientemente sua atuação legislativa sobre a matéria, falhando na imposição de uma legalidade sólida a execução penal mineira, que apresenta, como se faz notar mais a frente, falhas de legalidade tanto de ordem material quanto formal.

Nessa conjuntura, a disciplina prisional se intensifica um dos principais instrumentos de efetivação das restrições latentes na execução penal, pois convalida a rotina e o regime prisional como espaço próprio ao exercício do poder disciplinar da administração prisional e seus agentes. Diante uma sorte de falhas de legalidade na regulamentação da disciplina prisional ela se apresenta como meio ideal para a discricionariedade da administração prisional orientar suas agendas de controle, dominando, seja pela ameaça de sanção disciplinar ou pela imposição concreta dessa sanção, todos os aspectos da vida intramuros ao regular o corpo, o tempo, a consciência e ânimo da pessoa presa, segundo seus interesses manifestos, latentes e obscuros. Assim, as falhas de legalidade dos dispositivos que informam as imposições disciplinares nos estabelecimentos prisionais contribuem de forma determinante para com os excessos, abusos e arbítrios enfrentados pelos presos no percurso da

---

jamais um escopo prioritário, servindo no máximo como critério acessório a ser valorado no exercício de sua discricionariedade sob o prisma da manutenção da ordem.” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 234)

pena, que, aliada a outros fatores, como a própria ideologia ressocializadora atribuída à pena, a estruturação totalizante do regime prisional e a postura defensivista da administração pública, definem a tônica de sofrimentos da execução penal aplicada no Brasil.

Tendo tudo isso em vista, o presente capítulo continua sua análise buscando desvelar as principais violações à legalidade ligadas à imposição e regulamentação da disciplina prisional, que enfrenta, conforme se destaca a seguir, problemas de ordem formal e material. A primeira ordem diz respeito à inobservância dos critérios formais na elaboração dos regulamentos prisionais de Minas Gerais, que suprimem a discussão democrática da matéria invadindo competência circunscrita a outro órgão, enquanto a segunda denuncia o déficit de requisitos mínimos à constituição substancial e determinada dos tipos de falta disciplinar.

4.1 Inconstitucionalidade formal dos regulamentos disciplinares prisionais do Estado de Minas Gerais

Os regulamentos que trataram ao longo dos anos sobre a disciplina dos presos nas unidades prisionais do estado de Minas Gerais entraram no ordenamento jurídico mineiro por meio de Resoluções editadas pelos Secretários de Estado encarregados da administração do sistema prisional do Estado. Assim, foram editados: (a) o *Regulamento Disciplinar Penitenciário* (REDIPEN), que entrou em vigor pela Resolução nº 495, de 25 de Agosto de 1993 no âmbito da Secretaria de Estado da Justiça, sendo assinada por Mário Assad, então Secretário de Estado da Justiça; (b) o *Regulamento Disciplinar Prisional de Minas Gerais* (REDIPRI-MG), que passou a viger pela Resolução nº 742, de 10 de Março de 2004, assinada pelo Secretário de Estado de Defesa Social da época, Lúcio Urbano da Silva Martins; e, por fim, (c) o *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais* (ReNP-MG), que vige hoje por força da Resolução nº 1618, de 07 de Julho de 2016, também assinada no âmbito da Secretaria de Estado de Defesa Social, desta vez pelo Secretário Sérgio Barbosa Menezes. Todavia, a edição de normas que dispõem sobre a disciplina imposta aos presos, no estado de Minas Gerais, pelo Poder Executivo do Estado, está em desconformidade com as regras de competência estabelecidas tanto pela CRFB/88 quanto pela CEMG/89, o que implica na inconstitucionalidade formal daqueles regulamentos. Explica-se melhor.

Dispõe o art. 24, I da CRFB/88[427] que a competência para legislar sobre a matéria de *direito penitenciário* é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. No mesmo

[427] CRFB/88 – Art. 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]

sentido, a CEMG/89 reafirma a competência concorrente do estado de Minas Gerais e da União para legislar sobre o tema no art. 10, XV, "a" da CEMG/89[428]. Assim, inequivocamente, existe uma restrição constitucional, tanto a nível federal quanto estadual (no caso do estado de Minas Gerais), que limita a competência sobre *direito penitenciário*, que, se não for observada, vicia de inconstitucionalidade formal a norma exarada. Desta forma, impende analisar se as promulgações dos regulamentos disciplinares prisionais ajustam-se às imposições formais estabelecidas, ou seja, se foram editadas no âmbito de poder competente para tal. Antes, contudo, é preciso definir, como requisito básico dessa análise, se a disciplina prisional pertence ou não ao âmbito de direito compreendido pela expressão *direito penitenciário*, confirmando assim se as regras ali dispostas estão sujeitas àquela limitação formal ou não.

4.1.1 Direito penitenciário e as normas de disciplina prisional

O III Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Palermo (Itália), em 1933, conceituou *direito penitenciário*, determinando-o como o "[...] conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre o Estado e o condenado, desde que a sentença condenatória legitima a execução, até que dita execução se finde no mais amplo sentido da palavra" (MIOTTO, 1992, p. 18). A noção de *direito penitenciário* desse conceito, como apontado por A. B. Miotto (1992, p. 18-19), remontam a uma época em que a pena de prisão era a espécie de sanção penal predominante. A força alcançada pelo "carcerocentrismo" nas legislações penais do ocidente fez com que a pena privativa de liberdade, com recolhimento em estabelecimento prisional, se confundisse como a própria execução da sanção penal, pois eram escassas as alternativas ao encarceramento. Sem embargos, o conceito do III Congresso Internacional de Direito Penal de 1933 é capaz de definir todo o universo de relações existentes na execução penal, pois englobam as relações supervenientes a condenação em suas várias formas, o que lhe confere validade ainda hoje.

Atualmente, os autores, quando tratam do ramo definido acima, demonstram preferência pela denominação *direito da execução penal*, ou suas variantes, *direito penal executivo* e *direito executivo penal*, em detrimento à denominação *direito penitenciário*. Segundo esta concepção o termo *direito penitenciário* é inadequado à definição do universo

[428] CEMG/89 – Art. 10: Compete ao Estado: [...] XV – legislar privativamente nas matérias de sua competência e, concorrentemente com a União, sobre: a) direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]

de relações contidas na execução da sanção penal, pois carrega consigo somente a ideia das relações restritas a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional[429]. Através dos anos, o desenvolvimento dos institutos que permeiam a execução penal; como o surgimento de penas alternativas à prisão e a própria jurisdicionalização da execução da pena; acrescentou à monofônica realidade da sanção penal um novo e profuso conjunto de relações. Dada essa realidade, a denominação *Direito da execução penal*, por sua determinação não restritiva, seria a mais adequada à definição do ramo do direito que estuda as relações estabelecidas entre o Estado e condenado na execução das sanções penais, em suas várias espécies, como delimitado pelo conceito do III Congresso Internacional de Direito Penal de 1933[430]. Nesse contexto, a denominação *direito penitenciário* não desaparece, ela é realocada dentro daquele ramo, ficando adstrita a determinação da matéria concernente a organização dos estabelecimentos prisionais e ao tratamento prisional[431], em suma, às relações vivenciadas pela aplicação e cumprimento da pena de prisão[432].

As normas de disciplina prisional, como as estabelecidas pelo REDIPEN, REDIPRI-MG e ReNP-MG, ao determinar as condutas reprováveis e estimular a prática do bom comportamento, bem como a forma pela qual as violações serão apuradas e o bom comportamento recompensado, dispõem sobre parte essencial do que se avoca como tratamento prisional, instigando no preso o comportamento idealizado como indispensáveis ao fim proposto pelos objetivos desse tratamento, e, consequentemente, da execução da pena. Desta forma, como a disciplina prisional está compreendida dentre as relações estabelecidas em função da relação jurídica estabelecida entre Estado e indivíduo no exercício das medidas

---

[429] R. E. Zaffaroni et al. (2003, p. 297), ao tratarem da concessão do caráter de disciplina autônoma ao ramo do direito que estuda a execução da sanção penal, destacam que a "denominação [direito penitenciário] não é recomendável, pois parece reduzir-se à pena de prisão e, além disso, remonta às penitencias religiosas da Idade Média".

[430] "A insuficiência da denominação Direito Penitenciária toma-se nítida, na medida em que a Lei de Execução Penal cuida de temas muito mais abrangentes do que a simples execução de penas privativas de liberdade em presídios. Logo, ao regular as penas alternativas e outros aspectos da execução penal, diversos da pena privativa de liberdade, tais como o indulto, a anistia, a liberdade condicional, entre outros, enfraquece-se o seu caráter de direito penitenciário, fortalecendo-se, em substituição, a sua vocação para tomar-se um Direito da Execução Penal." (NUCCI, 2010, p. 989)

[431] "Num sentido lato, o Direito Penitenciário consiste no conjunto de normas jurídicas que regulam toda a execução penal e seu objeto. Num sentido estrito, é o conjunto de normas jurídicas que regulam o tratamento penitenciário e a organização penitenciária. Não obstante a opção à denominação 'Direito Penitenciário', a primeira concepção refere-se ao Direito de Execução Penal, e a segunda ao Direito Penitenciário." (ALBERGARIA, 1993, p. 30/31). No mesmo sentido: "[...] o direito da execução das penas, é o conjunto das normas jurídicas referente à execução de todas as penas, o direito penitenciário, por sua vez, preocupa-se unicamente com o tratamento dos presos." (GOULART, 1994, p. 53).

[432] "Segundo a tradição, o direito penitenciário é autônomo, distinto do direito penal e processual penal, representando o conjunto de normas que regulamentam a organização carcerária. É direcionado fundamentalmente para a determinação de regras disciplinares capazes de ordenar a vida do apenado durante o

punitivas e cautelares, conforme disposto anteriormente, ela, por conseguinte, pertence ao âmbito de estudos e regulação do *direito penitenciário* e do *direito da execução penal*. Ao *direito penitenciário* por compor um dos principais elementos componentes do tratamento prisional e, ao *direito da execução penal*, na medida em que seu objeto de estudos compreende também as relações estabelecidas pelo *direito* penitenciário, estando diretamente associadas a esses ramos do direito.

Ademais, o art. 193 da LEP-MG afirma: "Os direitos penitenciários derivam da relação jurídica constituída entre o sentenciado e a administração penitenciária", que, por óbvio, incluem as relações decorrentes da imposição do regime disciplinar nas unidades prisionais, não havendo, em Minas Gerais, como negar essa relação, porque o dispositivo citado também é estabelecido, com redação muito próxima, por um dos regulamentos ora atacados (art. 626 do ReNP-MG[433]), o que encerra, pelo menos no plano discursivo, a dúvida quanto a relação do direito penitenciário e a disciplina prisional.

Por conseguinte é possível concluir que: independente de qual seja o sentido adotado pelo legislador ao termo *direito penitenciário*; seja no sentido lato de *direito da execução penal* ou no sentido estrito de *direito penitenciário;* as regras disciplinares prisionais compõem objeto da reserva de competência tratada no art. 24, I da CRFB/88, e no art. 10, XV, "a" da CEMG/89, pois pertencente àquelas duas esferas do saber[434].

4.1.2 A Competência Constitucional para legislar sobre Direito penitenciário.

Essa competência concorrente entre a União, aos Estados e o Distrito Federal para legislar, entre outras matérias, sobre *direito penitenciário* significa que as normas com aquele conteúdo podem ser formuladas concomitantemente por esses diferentes entes federativos.

A possibilidade de diferentes entes da federação legislarem sobre a mesma matéria não é em si um problema. A dinâmica estabelecida constitucionalmente alinha as formas e limites de atuação ao determinar que a União fixe normas gerais de tratativa da matéria, ficando a

---

cumprimento da pena. Caberia, pois, ao direito penitenciário estabelecer diretrizes administrativas no intuito de regular o ambiente da instituição sob o prisma da segurança e da disciplina*."* (CARVALHO, 2008b, p. 166)

[433] ReNP-MG - Art. 626. Os direitos prisionais derivam da relação jurídica constituída entre o preso e a administração prisional.

[434] Sem embargos a conclusão pronunciada, lembra-se o disposto na nota de rodapé nº 130 dessa obra. Nas palavras de J. Albergaria ao termo direito penitenciário, adotado constitucionalmente, foi empregado o sentido mais expansivo de seu significado, não se restringindo à pena privativa de liberdade, mas englobando todas as relações existentes entre o Estado e o condenado decorrentes da execução de sanção penal das mais diferentes espécies.

cargo dos demais entes a competência suplementar sobre a matéria[435]. Ou seja, o estado de Minas Gerais pode "formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º)." (DA SILVA, 2010, p. 481), legislando suplementarmente[436] à norma geral de *direito penitenciário*.

As normas gerais sobre *direito penitenciário* estão estabelecidas na Lei 7.210/84 (LEP), que em seus dispositivos cuidou, entre outras coisas, da disciplina dos presos[437]. No entanto, a LEP também deixou vários tópicos da disciplina dos presos para serem regulados pela "legislação local" (termo utilizado pela própria LEP), ou seja, para serem reguladas pelos Estados e pelo Distrito Federal, conforme a regra de distribuição de competências constitucional (art. 24, I da CFRB/88). Nesse sentido, a competência do Estado para editar normas de disciplina prisional não é irrestrita, devendo limitar-se ao conjunto de atribuições que a competência suplementar lhe outorga, o que o impossibilita, por exemplo, de editar novos tipos de falta grave, uma vez que o rol apresentado pela LEP é taxativo e a lei é bem clara ao legar a *legislação local* apenas a definição das faltas leves e médias (art. 49 da LEP[438]).

Em continuidade, uma vez estabelecida a competência suplementar do estado de Minas Gerais para legislar sobre *direito penitenciário* é preciso determinar quem pode, dentre as normas de atribuição de competência da CEMG/89, legislar, suplementarmente a LEP, sobre a disciplina prisional.

---

[435] "A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § l 9) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar." (DA SILVA, p. 479)

[436] A própria CEMG/89 destaca sua competência suplementar sobre as matérias que legisla de forma concorrente com a União. O art. 10, § 1º, I da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 assim dispõe: "Art. 10 – Compete ao Estado: [...] § 1º – No domínio da legislação concorrente, o Estado exercerá: I – competência suplementar; [...]".

[437] Lei 7.210/84 - Título II (Do Condenado e do Internado), Capítulo IV (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), Seção III (Da Disciplina).

[438] LEP - Art. 49: As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. [...]

4.1.3 Quem pode legislar sobre direito penitenciário no Estado de Minas Gerais?

Segundo a CEMG/89[439] é atribuição da Assembleia Legislativa dispor sobre todas as matérias em que o Estado e a União dividem competência legislativa concorrente. A regra está prevista no art. 61, XVII da CEMG/89[440]. Desta maneira, pode-se afirmar seguramente que é da Assembleia Legislativa do estado de Minas Gerais a competência para legislar sobre *direito penitenciário*.

Não causa estranheza que a competência para legislar sobre *direito penitenciário* em Minas Gerais caiba a Assembléia Legislativa do Estado, afinal, essa é função típica[441] do Poder Legislativo. Entretanto, essa constatação não encerra a discussão. A função legislativa pode ser exercida, de forma atípica, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário. Nesse caso, deve-se perguntar: é possível que outro Poder legisle sobre *direito penitenciário* no estado de Minas Gerais?

O art. 6º, parágrafo único da CEMG/89[442] restringe a delegação de atribuições, entre os Poderes do Estado, desta forma, o exercício da função legislativa pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário é restrita aos casos que a constituição mineira expressamente autorizar. Por regra, a legislação sobre *direito penitenciário* deve ser editada por meio de lei ordinária, com aplicação das regras comuns (entende-se: não privativas) de iniciativa. No entanto, o art. 72 da CEMG/89[443] deixa em aberto a possibilidade para que matérias não privativas do Poder Legislativo, como *direito penitenciário*, entrem no ordenamento jurídico mineiro através de *Lei Delegada*.

---

[439] Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, Capítulo II - Da Organização dos poderes; Seção I -Do Poder Legislativo; Subseção IV - Das Atribuições da Assembleia Legislativa.

[440] Art. 61 – Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente: [...] XVIII – matéria de legislação concorrente, de que trata o art. 24 da Constituição da República; [...].

[441] Vide nota de rodapé 266.

[442] Art. 6º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuição e, a quem for investido na função de um deles, exercer a de outro.

[443] Art. 72 – As leis delegadas serão elaboradas pelo Governador do Estado, por solicitação à Assembleia Legislativa. § 1º – Não podem constituir objeto de delegação os atos de competência privativa da Assembleia Legislativa, a matéria reservada a lei complementar e a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, a carreira e a garantia de seus membros, bem assim a carreira e a remuneração dos servidores de suas Secretarias; II – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º – A delegação ao Governador do Estado terá a forma de resolução da Assembleia Legislativa, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º – Se a resolução determinar a apreciação do projeto pela Assembleia Legislativa, esta o fará em votação única, vedada qualquer emenda.

A elaboração de lei delegada é matéria privativa do Governador (art. 90, IX da CEMG/89[444]) e, segundo o art. 72, § 2º da CEMG/89, só será realizada se a Assembléia Legislativa delegar, expressamente, a ele a competência para tal. A delegação ocorrerá por meio de resolução da Assembleia Legislativa que especificará o conteúdo e os termos do exercício delegado. A Constituição mineira dispõe expressamente que a elaboração daquele tipo de lei cabe ao Governador do Estado, o que limita, de plano, a possibilidade do ato ser realizado por outro.

4.1.4 A elaboração dos regulamentos disciplinares prisionais pelos Secretários de Estado responsáveis pela administração prisional.

Não há entre as atribuições constitucionais dos Secretários de Estado qualquer uma que lhes autorize legislar de forma inovadora sobre nenhuma matéria.

Nesse estado de coisas, é possível afirmar que no estado de Minas Gerais a única possibilidade dada ao Poder Executivo para legislar sobre *direito penitenciário* se dá pela atuação do Governador do Estado, por meio de Lei Delegada, quando autorizado pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

No que diz respeito ao disposto no art. 90, VII da CEMG/89[445] e no art. Art. 93, § 1º, III da CEMG/89[446], alguns poderiam equivocadamente evocá-los a fim de justificar a edição de normas de *direito penitenciário* pelo Poder Executivo. Não obstante o referido dispositivo possibilite a edição de decretos e regulamentos pelo Governador, ou instruções pelo Secretário de Estado, ele limita àquela atuação a imposição de normas com o fim de garantir o fiel cumprimento do que já está positivado em lei. Não há ali autorização para legislar disfarçada, e não se pode extrair dali autorização para inovar a ordem jurídica criando direitos e obrigações[447]. O que se estabelece ali é que o Governador ou o Secretário de Estado, no exercício da sua função de administrador, possa providenciar dentro da maquina estatal o

---

[444] Art. 90 – Compete privativamente ao Governador do Estado: [...] IX – elaborar leis delegadas; [...]

[445] Art. 90 – Compete privativamente ao Governador do Estado: [...] VII – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos; [...]

[446] Art. 93 – O Secretário de Estado será escolhido entre brasileiros maiores de vinte e um anos de idade, no exercício dos direitos políticos, vedada a nomeação daqueles inelegíveis em razão de atos ilícitos, nos termos da legislação federal. § 1º – Compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições conferidas em lei: [...] III – expedir instruções para a execução de lei, decreto e regulamento; [...]

[447] Nesse sentido esclarecem Gilmar Mendes que: "A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as "*regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei,*

necessário para o cumprimento do que já está disposto em lei. A edição de normas de disciplina prisional, que nos moldes do REDIPEN, REDIPRI-MG e ReNP-MG, inovam o ordenamento jurídico ao determinar: condutas proibidas através da formulação de faltas disciplinares, sanções para o descumprimento das normas, as garantias a serem observadas pela forma de apuração das faltas, entre outros direitos e obrigações. Portanto, impossível extrair da interpretação dos artigos supracitados a competência para legislar sobre disciplina prisional, afinal, aqueles regulamentos inovam a matéria em vários aspectos.

Dito isso, abrimos um parêntese para destacar que os argumentos empregados aqui para afirmar a inconstitucionalidade formal dos regulamentos disciplinares também podem ser utilizados para o Decreto nº 6.049, de 27 de Fevereiro de 2007, que padece do mesmo vício de competência. No caso do decreto o Presidente da República, avocando o art. 84, IV e VI, "a" da CFRB/88[448], de redação muito próxima a dos art. 90, VII da CEMG/89 e art. Art. 93, § 1º, III da CEMG/89, aprova regras disciplinares que avançam sobre direitos dos presos não atingidos pela condenação penal, apresentando, portanto, a mesma impropriedade do parágrafo anterior. A competência originária para edição das regras de disciplina prisional no âmbito federal é do Congresso Nacional (art. 48, *caput* da CRFB/88[449]), e não pode ela ser delegada, pois invariavelmente trata de situações que envolvem direitos individuais, o que implica a regra do art. 68, § 1º, II da CRFB/88[450].

Voltando a realidade do estado de Minas Gerais. O exercício da função legislativa pelo Poder Judiciário, também atípico, é ainda mais restrito que a do Poder Executivo. Grosso modo, cabe ao Poder Judiciário a elaboração do seu regimento interno e a iniciativa para elaboração e revisão da Lei de Organização e Divisão Judiciárias no Estado e nada se fala sobre a possibilidade do Poder judiciário assumir a função legislativa sobre matéria de atribuição originária da Assembléia Legislativa.

---

ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada" (MENDES, 2009, p. 957)

[448] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...]

[449] Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

[450] Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; [...]

Ante tudo o que foi exposto, conclui-se que, além da Assembléia Legislativa de Minas Gerais, o Governador é o único com competência para legislar sobre *direito penitenciário* no Estado. Entretanto, o exercício dessa competência está limitado aos casos em que a Assembléia Legislativa expressamente delegar a tarefa, devendo seguir os termos e especificações estabelecidos. Desta forma, vale a pena reforçar a ideia, não há entre as atribuições constitucionais dos Secretários de Estado qualquer uma que lhes autorize legislar, no Poder Executivo o único com essa função é o Governador, e mesmo assim ela é atípica às suas atribuições originárias.

No entanto, conforme já indicado, o que se observa é que, não obstante a ausência de previsão constitucional para o exercício de função legislativa pelos Secretários de Estado, o REDIPEN, o REDIPRI-MG e o ReNP-MG, foram introduzidos no ordenamento jurídico mineiro por resoluções das Secretárias de Estado encarregadas da administração prisional no Estado.

A ausência de norma federal ou estadual que tratassem suficientemente da disciplina prisional[451], aliada a necessidade extrema de tais normas para as rotinas da administração prisional na execução das sanções penais, constituíram as principais motivações para a intervenção do Poder Executivo do estado de Minas Gerais na regulamentação da matéria. Por essa razão, os Secretários de Estado responsável pela administração prisional no Estado avocaram a competência para editar as resoluções mencionadas e, por conseguinte, impor o regulamento disciplinar prisional as unidades prisionais do Estado administradas por eles.

A edição de cada uma das resoluções mencionadas foi amparada em normas estaduais, que, segundo interpretação dada, adjudicavam, entre as atribuições dos Secretários de Estado responsáveis pela administração prisional, a realização dos regulamentos disciplinares prisionais. Expõem-se abaixo o que cada uma das resoluções evocou para se legitimar.

A resolução que aprova o *Regulamento Disciplinar Penitenciário* (REDIPEN) especa sua regularidade como um ato decorrente do exercício da atribuição legal conferida ao Secretário de Estado de Justiça pelo art. 7º do Decreto Estadual 28.330/88.

> Decreto Estadual 28.330 de 06/07/1988:
> [...] Art. 7º – O Secretário de Estado da Justiça poderá estabelecer, por meio de Resolução:
> I – o disciplinamento da implantação e as normas de funcionamento da Secretaria de Estado da Justiça;

[451] Conforme exposto em capítulo anterior, as normas de execução penal, tanto a nível federal quanto estadual (no caso o Estado de Minas Gerais), foram silentes ao tratar de partes importantes do regramento disciplinar dos presos, como, por exemplo, na definição: de faltas disciplinares leves e médias; do procedimento de apuração das faltas disciplinares; entre outras coisas.

> II – os critérios para redistribuição do pessoal lotado na Secretaria;
> III – as atribuições dos titulares das unidades administrativas da Secretaria. [...]

O *Regulamento Disciplinar Prisional de Minas Gerais* (REDIPRI-MG), por sua vez, amparou sua legalidade por dimanar do exercício das atribuições conferidas ao Secretário de Estado de Defesa Social pela Lei Delegada Estadual nº 56/2003. A resolução não aponta qual artigo de lei confere especificamente ao Secretário a atribuição para realizar o ato. A Lei Delegada Estadual, todavia, contém apenas um artigo no capítulo destinado a estabelecer a finalidade e a competência da Secretaria de Estado de Defesa Social, o art. 2º da Lei Delegada Estadual nº 56/2003.

> Lei Delegada Estadual nº 56/2003:
> [...] Art. 2º - A Secretaria de Estado de Defesa Social tem por finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, gerenciar, controlar e avaliar as ações operacionais do setor a cargo do Estado visando à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, à redução dos índices de criminalidade, à recuperação de presos para reintegrá-los na sociedade e à assistência judiciária aos carentes de recursos, competindo-lhe:
> I - elaborar, executar e coordenar, em conjunto com a Polícia Militar, a Polícia Civil, o Corpo de Bombeiros Militar, a Defensoria Pública e entidades da sociedade civil organizada, o Plano Estadual de Segurança Pública e o sistema integrado de defesa social;
> II - coordenar o diálogo entre o Estado e a sociedade sobre o processo de exclusão social gerador de indivíduos autores de atos infracionais, com vistas à construção compartilhada de soluções destinadas a reverter esse fenômeno no Estado de Minas Gerais;
> III - vincular suas ações ao processo de desenvolvimento econômico e social, realizando, em parceria com outros órgãos de governo e com instituições da sociedade civil organizada, programas e projetos voltados para a consecução de seus fins;
> IV - administrar o sistema penitenciário e os centros de atendimento ao adolescente em conflito com a lei do Estado de Minas Gerais, proporcionando aos indivíduos autores de ato infracional condições efetivas para se reintegrarem à sociedade como cidadãos;
> V - exercer outras atividades correlatas. [...]

Por fim, o *Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais* (ReNP-MG), afirma sua validade em razão do exercício das atribuições conferidas, ao Secretaria do Estado que a editou, pelos: art.93, §1º, III da Constituição do Estado de Minas Gerais; art. 132, II da Lei Delegada nº 180, de 20 de Janeiro de 2011; Decreto Estadual 45.536, de 27 de Janeiro de 2011[452].

[452] O Decreto 45.536 de 27 de janeiro de 2011 define a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Sua função é definir os diversos órgãos e seguimentos administrativos componentes de cada setor. Interessa ao trabalho o que a norma tem a dispor sobre a Secretaria de Estado de Defesa Social, entretanto, por se tratar de dispositivo extenso e com pouco aproveitamento ao conteúdo do texto, opta-se pela sua supressão, bastando para a compreensão do leitor a simples explicação que em seu art. 33 do Decreto elenca, sem detalhamento ou definição de atribuições, os diversos órgãos administrativos que compõem a Secretaria de Estado de Defesa Social.

> Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989.
> [...] Art. 93 – O Secretário de Estado será escolhido entre brasileiros maiores de vinte e um anos de idade, no exercício dos direitos políticos, vedada a nomeação daqueles inelegíveis em razão de atos ilícitos, nos termos da legislação federal.
> § 1º – Compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições conferidas em lei: [...]
> III – expedir instruções para a execução de lei, decreto e regulamento; [...]
>
> Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011
> Art. 132 – A Secretaria de Estado de Defesa Social – SEDS –, a que se refere o inciso V do art. 5º da Lei Delegada nº 179, de 2011, tem por finalidade planejar, organizar, coordenar, articular, avaliar e otimizar as ações operacionais do Sistema de Defesa Social, visando à promoção da segurança da população, competindo-lhe: [...]
> II – elaborar, coordenar e gerir a política prisional, por meio da custódia dos indivíduos privados de liberdade, promovendo condições efetivas para sua reintegração social, mediante gestão direta e mecanismos de cogestão; [...]

A leitura dos dispositivos nos três episódios apresentados acima permite a conclusão de que: os Secretários de Estado, a partir da interpretação de normas que lhes atribuía competência genérica para gerir o funcionamento da Secretaria de Estado e administrar as áreas de atuação da qual estavam encarregados, inferiram a atribuição para regulamentar a disciplina prisional. Tal inferência, contudo, é equivocada e indevida. Como foi explicado acima, a elaboração de normas de *direito penitenciário*, como as regras de disciplina prisional, seguem as regras de competência constitucional, não sendo possível a qualquer ato normativo inferior à CEMG/89, seja ele lei complementar estadual, lei ordinária estadual, lei delegada estadual[453], decreto estadual ou resolução, atribuir competência para tal. A competência cabe, por regra à Assembleia Legislativa do Estado, ou, pela exceção posta pela possibilidade de Lei Delegada, ao Governado, se devidamente autorizado e no limite imposto pela delegação.

A inobservância das regras de competência não representa somente a violação da fórmula legal para a produção do ato, mas também um verdadeiro déficit democrático pela ausência da imperativa forma representativa na discussão e aprovação do tema. As relações estabelecidas pelas regras disciplinares dos presos acabam por afetar muito mais do que o mero exercício da administração prisional. Ela modula toda a convivência nas unidades prisionais, pode ter efeito sobre o grau de liberdade vivenciado pelo preso, e envolve diretamente direitos não atingidos pela sentença penal condenatória. Basta constatar que todas as normas editadas em Minas Gerais estenderam o rol de faltas disciplinares graves, criando

[453] Não confunda a possibilidade da Lei Delegada atribuir competência, com a possibilidade do Governador legislar sobre a matéria por Lei Delegada. A segunda é permitida, a primeira não.

assim novos cenários em que um preso pode ter o seu regime regredido, o que tornaria as restrições sobre sua liberdade mais rígidas, ou então, se já estiver no regime mais gravoso, durarem por mais tempo.

A importância da discussão democrática das restrições e sanções impostas pela norma disciplinar prisional está na garantia de que todos, formal e materialmente, possam integrar as decisões assumidas para a matéria[454]. Quando o Poder Executivo, pela atuação do Secretário de Estado, toma a matéria para si, contornando os princípios do Estado Democrático de Direito, não há como firmar na execução da pena privativa de liberdade um equilíbrio na balança da democracia e o interesse da administração naturalmente se sobressairá ao interesse dos presos.

4.1.5 A Inconstitucionalidade Formal dos Regulamentos Disciplinares Prisionais do Estado de Minas Gerais

Em conclusão, os Secretários de Estado de Minas Gerais encarregados da administração prisional avocaram indevidamente a função legiferante e impuseram normas que dispõem sobre a disciplina dos presos do sistema carcerário do Estado. Desta forma, foram editados sucessivamente: o REDIPEN, o REDIPRI-MG e o ReNP-MG. Todos os regulamentos citados seguiram um trâmite muito similar até comporem derradeiramente o ordenamento jurídico mineiro. Eles foram elaborados no âmbito da subdivisão da Secretaria de Estado incumbida da administração do sistema prisional do Estado e, em seguida, aprovadas e publicadas pelo Secretário de Estado encarregado da pasta por meio de resolução editada no âmbito da própria secretária de Estado. Não obstante a edição de normas sobre a matéria da disciplina prisional pelos Secretários seja recorrente, a prática é eivada de insuperável vício de formalidade que implica na inconstitucionalidade dos regulamentos supracitados.

Em suma, as normas de disciplina prisional versam sobre matéria de *direito penitenciário*, mais especificamente sobre tratamento prisional. A competência para legislar sobre *direito penitenciário* é definida pela CRFB/88, cabendo a União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente sobre a matéria. A União cabe a definição dos

[454] A ordem formal do princípio da legalidade decorre diretamente da essência democrática do Estado de Direito. E. W. V. Castilho (1988, p. 19), referindo-s ao princípio da legalidade ressalta que "[...] a origem deste traduz o anseio por um Direito Penal submetido amplamente à discussão da sociedade, o que só é possível com leis votadas pelo Parlamento, o qual, mesmo assim, dada a sua composição elitista, reproduz o ideário da classe dominante."

princípios e normas gerais e aos Estados, e ao Distrito Federal, a legislação suplementar a matéria. No estado de Minas Gerais compete ordinariamente a Assembleia Legislativa a função de legislar sobre *direito penitenciário* e, consequentemente, sobre as normas de disciplina prisional. E a Constituição mineira estabelece, por regra, que as atribuições de competência só podem ser delegas nos casos autorizados por ela. No que concerne a matéria de *direito penitenciário* a Constituição prevê que pode a Assembleia Legislativa de Minas Gerais delegar ao Governador do Estado, por meio de resolução, a competência para exercer função legislativa sobre a matéria. Desde que adstrito aos limites e conteúdos dispostos na resolução que lhe compete o poder para tal.

Ocorre que a Assembléia Legislativa nunca editou resolução delegando ao Poder Executivo a competência para legislar sobre *direito penitenciário*, mas, ainda que tivesse editado, o exercício daquela delegação não poderia ser exercido por Secretário de Estado uma vez que compete privativamente ao Governador do Estado a elaboração de Lei Delegada, não havendo autorização para delegação dessa atribuição na Constituição mineira.

Isto posto, é possível concluir, inequivocamente, que os Secretários de Estado que editaram normas sobre disciplina prisional no estado de Minas Gerais o fizeram sem a devida competência para tal. Não se pode subsumir das normas que atribuem à competência genérica para os Secretários de Estado administrarem a pasta sobre seu comando, a competência para legislar sobre disciplina prisional, afinal, trata-se de matéria com competência definida constitucionalmente. Desta maneira, os regulamentos disciplinares prisionais do estado de Minas Gerais; quais sejam, o REDIPEN, o REDIPRI-MG e o ReNP-MG; são eivado de inconstitucionalidade formal.

O REDIPEN e o REDIPRI-MG padecem de inconstitucionalidade formal e total. Formal[455] por não observar em sua gênese as regras do processo de produção das normas jurídicas, no caso, o descumprimento das regras de competência estabelecidas constitucionalmente; e, total[456] uma vez que a inconstitucionalidade ira atingir a integralidade de seu texto. Quanto ao ReNP-MG só se pode denunciar aqui sua inconstitucionalidade formal. O ReNP-MG, diferentemente dos outros, regulamenta outras matéria além da disciplina prisional, como, por exemplo, o procedimento operacional de agentes administrativos, o que, aparentemente, constitui legitima atribuição do Secretário de Estado. Assim, pela limitação temática aqui imposta, a inconstitucionalidade ora levantada no capítulo se restringem a parte que dispõe sobre as normas de disciplina prisional e somente a ela.

[455] FERNANDES, 2011, p. 887.
[456] FERNANDES, 2011, p. 900-901.

O ideal seria, como destaca G. S. Nucci (2010, p. 1003), "[...] padronizar nacionalmente as faltas dos presos, sem que houvesse discrepância na legislação estadual [...]", afinal, resgatando palavras de H. C. Fragoso (1980, p. 34) de antes da edição da LEP, "[...] a lei (e não o regulamento) deve definir as faltas e fixar a punição, de forma a que fique bem claro o que é proibido e o que é permitido". Nesse sentido, também destacam-se as palavras de O. Stevenson, abaixo descritas:

> No terreno penitenciário, é essencial o princípio da legalidade, de sorte que o poder discricionário, até mesmo para a competência regulamentadora, se exerça dentro de divisas definidas e intransponíveis. O humano escopo do regime em referência é a garantia dos direitos individuais contra o arbítrio sem peias e os excessos de poder. Assim, por exemplo, as faltas disciplinares e as sanções correspondentes têm de ser elencadas, de modo taxativo, em normas legislativas. Relegar a questão para regimentos ou decretos regulamentares será formalizar direito penitenciário defectivo, sem o requisito impreterível da certeza. (Oscar STEVENSON – exposição de motivos do Código Penitenciário de 1957 – apud CASTILHO, 1988, p. 68)

No entanto, enquanto isso não e possível, deve-se batalhar para que, pelo menos, as disposições estaduais atendam aos parâmetros constitucionais de legalidade, não abandonando também a razoabilidade, pois, na falta desses parâmetros o alerta de G. S. Nucci (2010, p. 1004); ao denuncia que: "da mesma forma que uma Resolução poderia proibir a posse de celular, poderia igualmente incluir, a seu talante, a posse e o uso de livros, de objetos pessoais e de outros utensílios quaisquer, ainda que não ofereçam perigo algum, não dando margem ao controle jurisdicional sobre essa questão"; transforma-se em uma tragicômica realidade das disciplinas prisional do país.

4.2 Legalidade material das normas de disciplina prisional

A execução penal brasileira, mesmo que em grau reduzido se comparado com o histórico de sujeições vivido antes do reconhecimento dos direitos dos presos e da afirmação do princípio da legalidade na execução penal, padece de infestos espaços de discricionariedade existentes, em parte, em razão da infesta ilegalidade que assola as normas definidoras do regime disciplinar empregado nas unidades prisionais. Os vícios apresentados pelos dispositivos estabelecidos pela Lei de Execução Penal e pelos regulamentos disciplinares editados pelos Estados têm um conteúdo muito próximo as duas das violações de ordem material indicadas por R. E. Zaffaroni (2010, p. 27-28), quando enumera as violações da legalidade penal realizadas pelo sistema legal, quais sejam: "[...] a carência de critérios legais e doutrinários claros para a qualificação das penas [que] dá margem a apreciação tão

amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo à arbitrariedade, eliminado-se a chamada ‘legalidade das penas;[...]” e a “[...] proliferação de tipificações com limites difusos, com elementos valorativos moralistas, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamentos do verbo tipo etc., [...]”.

Busca-se, nessa parte do texto, desvelar essas violações nas normas de disciplina prisional, todavia, a proposta não é analisar a legalidade material de cada dispositivo das normas de disciplina prisional, dado o grande número de dispositivos envolvidos (somente entre as faltas disciplinares do ReNP-MG existem 34 tipos de falta disciplinar) – o que tornariam a tarefa inaplicável ao termo e aos limites estabelecidos a esse trabalho – , mas pontuar como elas usualmente falham com os preceitos postos pelo princípio da legalidade instituído sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tal tarefa, opta-se pelo desenvolvimento conceitual do referido princípio, indicando os mandamentos de seus corolários, a fim de indicar como cada um deles é usualmente violado pelas práticas da disciplina prisional. Nesses limites, passa-se a análise do princípio da legalidade, estabelecendo a sua influência sobre as relações de poder, principalmente, a relativa à aplicação do poder de punir do Estado na execução penal, para, em seguida pontuar os principais corolários desse princípio e como as normas e práticas da disciplina prisional se confrontam com eles.

4.2.1 Função Limitadora do Princípio da Legalidade

Influenciado pelos valores éticos e democráticos inerentes a norma jurídica democraticamente estabelecida, o princípio da legalidade enuncia o *império da lei.* Elaborada pelos órgãos de representação popular através de um processo legislativo previamente estabelecido e em atenção aos valores constitucionais, a lei (*lato sensu*) é vista como instrumento democrático ideal de definição e controle das relações sociais e do poder público. Dessa forma, ela passa a ser o único instrumento idoneamente reconhecido pelo qual o Estado pode legitimamente programar as relações de poder exigindo, obstando, proibindo ou sancionando certas ações e comportamentos dos indivíduos. Nesse sentido, o *princípio da legalidade*; também denominado de *princípio da reserva exclusiva da lei*, *princípio da reserva legal* e *princípio da intervenção legalizada*; consagra a posição elementar das normas jurídicas nas formas de governo dos sistemas constitucionais e democráticos vigentes, sendo ele erigido como “[...] princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...] porquanto é da

essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática" (DA SILVA, 2010, p. 420).

No Brasil a fórmula geral do princípio da legalidade está prescrita no art. 5º, II da CRFB/88[457], e sua principal função é assegurar e estabilizar toda gama de relações juridicamente relevantes, especialmente àquelas desenvolvidas junto ao Estado, conferindo a todos os sujeitos de direito substancial segurança jurídica e igualdade nas experiências de interlocução com outros sujeitos e com o poder estatal. Nesse passo, o universo de relações envolvidas pelo princípio da legalidade é diretamente proporcional ao interesse do Estado em proteger e regulamentar direitos[458]. Dentro desse âmbito, interessa ao presente texto o estudo do princípio da legalidade e de sua influência sobre relações estabelecidas entre o Estado e os indivíduos no exercício do poder punitivo, especialmente aquelas oriundas da dinâmica disciplinar prisional.

No âmbito jurídico-penal; ante a necessidade material e sistêmica de segurança jurídica nas relações desenvolvidas no âmbito de exercício das coerções penais, em que a interferência sobre liberdade e os direitos individuais alcança maior gravidade; o princípio da legalidade constitui-se primordialmente como uma garantia fundamental do indivíduo perante as forças punitivas estatais e uma "[...] real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais" (TOLEDO, 2008, p. 21), ocupando papel de extrema importância na profusa tarefa de limitação do *potentia puniendi* assumida pelas ciências penais normativas no Estado de Direito.

Essa função limitadora é uma consequência lógica ao Estado de Direito (fundado sobre ideais de legalidade, igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana) que a definição: das normas incriminadoras, da responsabilização penal e da imposição de penas; demandem, por influência do princípio da legalidade, o estabelecimento prévio, preciso e democrático das

---

[457] CRFB/88 - Art. 5º: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[458]O princípio da legalidade, em sua atual concepção universal e igualitária, originou-se na revolução burguesa e foi construída sobre ideais iluministas em resposta aos abusos ocasionados por formas indeterminadas e não igualitárias do exercício do poder pelas aristocracias da época. Naquele tempo o princípio já era proposto com instrumento de redução das intervenções promovidas pelo poder, contudo, o papel desempenhado pela lei era muito diferente de como ele ocorre hoje. Para a época a mera existência da lei (legalidade formal) já era suficiente a limitação do poder, a garantia de igualdade e a salvaguarda dos direitos individuais. Ressalta E. W. V. Castilho (1988, p. 13-15) que, pautado sobre uma concepção liberal e burguesa do Estado, a preocupação original da imposição do império da lei era assegurar o direito à liberdade e à propriedade, cuja restrição só estava autorizada quando indispensáveis a manutenção da segurança social, enquanto os demais domínios legais da vida em sociedade mantiveram-se no mesmo ritmo imposto pelo regime anterior. A concepção formal da legalidade foi paulatinamente substituída com o advento dos ideais que formaram o Estado Social. A importância e o efeito da legalidade, agora com assumida concepção material, tomaram novas formas em um modelo estatal intervencionista, que expandiu o âmbito de legalidade muito além daquele empregado originalmente, regulando sobremaneira as relações sociais.

regras do jogo que conduz à intervenção estatal punitiva[459], sob pena das relações humanas e institucionais correrem em constante incerteza e sujeitas a toda ordem de abusos e injustiças. O sujeito não pode ser responsabilizado por um comportamento, nem a ele pode ser aplicado uma pena, sem que antes o Estado tenha delimitado, nas formas da lei, aquele comportamento como proibido e sancionável, sob pena de constante incerteza e injustiça nas relações humanas e institucionais. Fora desses parâmetros básicos o exercício da força punitiva estatal configura-se como mero exercício (arbitrário e antidemocrático) de poder, cuja ausência de diálogo, ainda que impositivo, implica no desrespeito ao indivíduo como sujeito de direitos, declinando-o a posição de objeto no exercício da força punitiva[460].

> O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na concepção da "previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado", que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni. (BATISTA, 2007, p. 67)

Desta forma, emerge como função irrenunciável do princípio da legalidade a disposição de limitar o poder punitivo e de garantir a liberdade e os direitos individuais[461]. Todavia, além dessa função política atrela-se ao princípio da legalidade outra: uma função sistêmica. Por ela o princípio da legalidade orienta a elaboração e aplicação das normas que constituem o sistema penal, fundamentando conceitos elementares àquele exercício e estabelecendo regras e limites as formas de interpretação[462]. Com isso, o princípio da

---

[459] N. Batista (2007, p. 68) destaca que além da função de garantia, que exclui as prescrições ilegais, o princípio da legalidade também dispõe de uma função constitutiva na medida em que ele dispõe sobre a constituição das cominações legais.

[460] A posição jurídica assumida a partir do reconhecimento da dignidade e dos direitos inerentes ao ser humano também influíram tanto para a adoção do princípio da legalidade quanto para definição de sua função. Ao reconhecer em cada homem e mulher domínio independente e legítimo de direitos e vontades que devem ser respeitadas, o Estado/poder deve erigir artifícios para regrar e limitar sua atuação de forma que os indivíduos deixem de ser mero objeto das relações de poder e passem a assumir efetiva posição de sujeito de direitos. Nesse sentido as imposições da legalidade figuram como uma das principais ferramentas no cumprimento desse objetivo de limitação do poder público.

[461] Nesse sentido: "Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o individuo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo." (BATISTA, 2007, p. 65)

[462] E. W. V. Castilho (1988) separa em duas partes o que se identificou como função sistêmica. A primeira, referente à função de orientação da interpretação e aplicação da lei penal, é denominado por ela como função hermenêutica; "Nessa função o princípio da legalidade orienta a interpretação e a aplicação da lei penal, mediante desdobramentos, também conhecidos como princípios." (CASTILHO, 1988, p. 17). A segunda, diz respeito a fundamentação e precisão conceitual dos elementos que compõem o sistema penal, nomeado por ela como função metodológica ou sistemática; "Além da função política, o pensamento dogmático aponta ao princípio da legalidade uma função metodológica ou sistemática relacionada com a teoria do delito, fundamentando os conceitos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade." (CASTILHO, 1988, p. 18). Apesar da diferenciação optou-se pela comunhão desses sob a denominação função sistêmica, a fim de simplificar sobre

legalidade impõe a adoção de critérios formais e substanciais[463] à atividade punitiva de forma a compor barreira as atitudes punitivas passionais, abusivas e/ou arbitrárias perpetrados pelo poder e seus agentes.

Ao demarcar o poder estatal emanado do Estado de Direito como espaço exclusivo da coerção penal, o princípio da legalidade condiciona o exercício legítimo do poder punitivo prescrevendo como papel exclusivo do Estado a determinação inequívoca, formal, pública e anterior dos ilícitos e sanções penais, além de impor aos aplicadores do Direito limites interpretativos vinculados a concepção ética e normativa do Estado de Direito. Ou seja, os tipos incriminadores e suas respectivas penas só podem ser aplicados se: estabelecidos de forma clara e precisa (inequívoca); por Leis, ou outro instrumento democrático eleito para tal (formal)[464]; potencialmente conhecidas (pública); que antecedem à prática do fato típico que se quer responsabilizar (anterior); e cuja interpretação e aplicação respeitam os ideais de contenção da força punitiva e promoção da dignidade humana e dos direitos individuais (concepção ética e normativa do Estado de Direito).

Em resumo, "[...] o princípio da legalidade governa todas as atividades da administração no Estado de Direito." (CASTILHO, 1988, p. 20), afinal, impõe a adoção de normas que regulam as fontes, a organização e os procedimentos do exercício do poder punitivo como requisito à sua existência e exercício, ele acaba influenciando tanto as ações do poder legislativo, orientando os programas de criminalização primária[465] ou definindo os

---

um mesmo conceito os critérios substanciais impostos ao legislador e aplicadores do direito pelo princípio da legalidade.

[463] S. Carvalho (2008b, p.86-87) elucida a concepção garantista sobre esses critérios: "O princípio da legalidade pode ser dividido em duas regras de legitimação (formal ou substancial). A legalidade ampla (ou princípio da mera legalidade) vincularia o crime à lei penal, visto ser esta *conditio sine qua non* de existência do delito e aplicação da pena. Seria regra de divisão do poder penal que prescreve ao juiz verificar como delito somente o que está reservado ao legislador determinar como tal. O princípio da legalidade estrita (princípio da previsibilidade mínima ou taxatividade) definiria técnicas semânticas de qualificação da conduta punível, ou seja, regras de formação da linguagem penal que prescreveriam ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição de delito para que seja, em momento posterior, possível sua aplicação na linguagem judicial a partir de predicados verdadeiros de fatos processualmente comprováveis [...] O primeiro limita o processo artesanal da norma incriminadora ao Estado, e em seu interior ao legislador, estabelecendo os liames necessários com o poder judiciário. O segundo cria critérios lingüísticos de redação da lei penal pelo poder previamente determinado."

[464] A ordem formal do princípio da legalidade decorre diretamente da essência democrática do Estado de Direito. E. W. V. Castilho (1988, p. 19), referindo-s ao princípio da legalidade ressalta que "[...] a origem deste traduz o anseio por um Direito Penal submetido amplamente à discussão da sociedade, o que só é possível com leis votadas pelo Parlamento, o qual, mesmo assim, dada a sua composição elitista, reproduz o ideário da classe dominante."

[465] R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 43) conceituam criminalização primária nos seguintes termos: "*Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.* Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: *o dever ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam*".*

contornos e os meios de construção dos *tipos normativos de lei penal constitucional*[466], quanto à atuação dos aplicadores do direito nas ações de criminalização secundária[467] (incluindo a administração prisional), pois agrega a essas práticas imperativos bem definidos de interpretação das normas componentes do sistema, além de uma vinculação inafastável ao que foi programado pela criminalização primária[468].

> O Poder Legislativo é obrigado a configurar, por lei, penas, e um sistema de cumprimento de tais penas privativas de liberdade, certo e suficientemente conhecido. No caso do Poder Judiciário, o leva a aplicação de um sistema baseado na lei, devendo adotar suas decisões de acordo com os critérios constitucionais aplicáveis, os parâmetros jurídicos penais e penitenciários e os métodos de interpretação consolidados, sem recorrer à analogia, à retroatividade ou à norma não escrita. Para o Executivo, que, mediante a administração penitenciária se encarrega da função de cumprimento da pena de prisão, se impõe o respeito ao sistema legal de execução de tais penas.[469] (MARTÍN, 2011, p. 267-268)

Não há exceções à lógica disposta acima, que submete toda ordem de intervenção estatal que implique na restrição da liberdade e dos direitos fundamentais dos indivíduos pelo estado no cumprimento dos deveres oriundo do poder punitivo, como é o caso das normas e práticas da disciplina prisional, afinal, o efeito direto da aplicação disciplinar; seja pela restrição de direitos imposta pela rotina disciplinar ou da restrição imposta pela aplicação de sanção disciplinar; é a limitação da esfera de direitos dos presos para além da porção afetada pela condenação penal ou pela decisão que determina medida cautelas. Ademais, como visto anteriormente, a relação de poder disciplinar vivenciada no cárcere consubstancia-se em aparato de controle e normalização com fortes tendências, e potencial necessário, não só para restringir direitos como também invadir a esfera de autonomia das pessoas, destituindo-as não

---

[466] Expressão utilizada por R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 201).

[467] R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 43) conceituam criminalização secundária da seguinte forma: "[...] *a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos parra assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização)."

[468] Nesse sentido discorre N. Batista(2007, p. 63):"[...] os princípios básicos comprometem o legislador, transitando assim pela política criminal, e os aplicadores da lei — do juiz da Corte Suprema ao mais humilde guarda de presídio —, devendo ser obrigatoriamente considerados [...]"

[469] No original: "Al poder legislativo le obliga a configurar, mediante la ley, unas penas y un sistema de cumplimiento de tales penas privativas de libertad cierto y conocido suficientemente. En el caso del Poder Judicial conlleva la aplicación de un sistema basado en la Ley, sobre la que deberá adoptar sus decisiones de acuerdo a los criterios constitucionales aplicables, los parámetros jurídicos penales y penitenciarios y los métodos de interpretación consolidados, sin posible recurso a la analogía, retroactividad o normas no escritas. Para el ejecutivo, que mediante la Administración penitenciaria se encarga de la función de cumplimiento de la pena de prisión, le supone el respeto al sistema legal de ejecución de tales penas."

apenas da liberdade externa, mas também da sua parcela de liberdades inatas que constituem a própria condição de dignidade humana[470]. Assim, a função corretiva e defensivista alinhada à intervenção estatal do regime disciplinar prisional, por marcar um exercício de poder eminentemente autoritário e repressivo, torna ainda mais premente a limitação do poder disciplinar sobre os ditames de uma legalidade estrita, que assegure o curso escorreito e ético das relações de poder disciplinar através de parâmetros normativos suficientes para garantir a segurança jurídica no meio disciplinar.

Ademais, conforme salienta A. Z. Schmidt (2008b, p. 248):

> Com efeito, todo dispositivo legal que detenha a potencialidade direta de ampliar ou restringir a liberdade do cidadão deve receber todos os efeitos garantidores das normas penais propriamente ditas. Consequentemente, todos os dispositivos legais da LEP que estabelecem as infrações disciplinares devem-se sujeitar à sorte das normas penais propriamente ditas. É sabido que uma falta disciplinar poder acarretar uma sanção disciplinar correspondente, que pode ir de uma mera advertência até um isolamento celular, uma restrição ao indulto, etc. por essa razão é que as normas que estabelecem as faltas graves, médias ou leves e as sanções disciplinares sujeitam-se ao ditames do nullum crimen, nulla poena sine lege, com todos os seus corolários formais (*Lex previa, stricta, scripta e certa*) e substancial (*lex necessarie*).

O princípio da legalidade, nesse contexto, serve a definição das regras do jogo do poder punitivo, o que inclui as normas de disciplina prisional, demarcando o limite da atuação do poder estatal e condicionando seu exercício (legítimo) aos casos em que houver a determinação inequívoca, formal, pública e anterior dos ilícitos e sanções penais. Estabelece, portanto, as condições e os limites a serem seguidas pelos indivíduos, especialmente os agentes públicos imbuídos do exercício de coerção penal, governando as diversas condutas e atitudes para que tudo transcorra da forma mais adequada possível ao programa criminal posto.

4.2.2 Fundamentos e Conteúdos do Princípio da Legalidade na Execução Penal

No Brasil, o fundamento legal para a aplicação geral do princípio da legalidade na execução penal é o mesmo que informa o princípio da legalidade penal, qual seja o art. 5º, XXXIX, da CRFB/88 e art. 1º do CP, *in verbis*:

---

[470] "La trascendencia del respeto al principio de legalidad en la fase de ejecución resulta no sólo de la importancia de las formas en un Estado de Derecho, sino de su radical vinculación con el *status libertatis* del ciudadano, restringido pero no eliminado en el ámbito penitenciario, así como con el fundamento de la capacidad del poder público de determinar, imponer y ejecutar sanciones." (MARTÍN, 2011, P. 290)

> CRFB/88 - Art. 5º: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
>
> CP - Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Ao que concerne especificamente a imposição às normas de disciplina prisional, a LEP reforça essa validade da legalidade sobre a execução penal e estabelece, expressa e inequivocamente, a incidência do princípio da legalidade no âmbito disciplinar prisional pelo comando do seu art. 45; descrito em seguida:

> LEP- Art. 45: Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

Esse comando de legalidade às normas que definem as faltas e as sanções disciplinares aplicadas no âmbito prisional não se restringe, no entanto, à LEP. A ordem internacional, em garantia aos direitos dos presos, também observa a obrigação da legalidade na realização da disciplina prisional. Há muito, as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU de 1955*, principal instrumento de garantia dos direitos dos presos até ser substituído, aplicava as garantias do princípio da legalidade e seus corolários nos dispositivos do item 29[471] e 30, n. 01[472], que também foram estabelecidos pelo documento substituto, *as Regras de Mandela*, que, com ainda mais esmero, formulou as regra 37 e 39, n. 1; indicadas avante:

> *Regras de Mandela* - Regra 37: Os seguintes itens devem sempre ser pendentes de autorização por lei ou por regulamento da autoridade administrativa competente: (a) Conduta que constitua infração disciplinar; (b) Tipos e duração das sanções que podem ser impostas; (c) Autoridade competente para impor tais sanções. d) Qualquer forma de separação involuntária da população prisional geral, como o confinamento solitário, o isolamento, a segregação, as unidades de cuidado especial ou alojamentos restritos, seja por razão de sanção disciplinar ou para a manutenção da ordem e segurança, inclusive políticas de promulgação e procedimentos que regulamentem o uso e a revisão da imposição e da liberação de qualquer forma de separação involuntária.
>
> *Regras de Mandela* - Regra 39: 1. Nenhum preso pode ser punido, exceto com base nas disposições legais ou regulamentares referidas na Regra 37 e nos princípios de justiça e de devido processo legal; e jamais será punido duas vezes pela mesma infração.

---

[471] *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU de 1955*- 29: Os seguintes pontos devem ser determinados por lei ou regulamentação emanada da autoridade administrativa competente: a) A conduta que constitua infração disciplinar; b) O tipo e a duração das sanções disciplinares que podem ser aplicadas; c) A autoridade competente para pronunciar essas sanções.

[472] *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU de 1955* - 30: 1) Um recluso só pode ser punido de acordo com as disposições legais ou regulamentares e nunca duas vezes pela mesma infração.

Nesses termos, esgotam-se quaisquer dúvidas sobre a incidência do princípio da legalidade na execução penal e, especialmente, sobre as normas de disciplina prisional. Assim, não só assentado sobre planos discursivos como desdobramento lógico do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade assenta-se como norma positiva do ordenamento jurídico pátrio, a partir da formulação típica de legalidade dos art. 5º, XXXIX, da CRFB/88, art. 1º do CP e art. 45 da LEP[473].

Os dispositivos supracitados decorrem da notória expressão latina indicativa do princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, disseminada pela revolução burguesa no auge do positivismo jurídico e do movimento de publicização da reação penal. É interessante notar que tal expressão latina, apesar de não constar expressamente nas obras do autor, é creditada ao jurista alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach, que, em obra do início do séc. XIX, cunhou as expressões: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*[474], cuja síntese culminou naquela expressão corrente[475]. As duas expressões, todavia, não expressam o princípio da legalidade em sua inteireza, que desdobrado de forma corrente pela doutrina em corolários, que especificam a partir de extensões a expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* diferentes âmbitos de limitação do poder punitivo. São elas: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, que indica o corolário da anterioridade; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, que denota a reserva exclusiva da lei afastando utilização de costumes não positivados para impor qualquer sanção de natureza criminal; *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que estabelece como parâmetro de clareza e certeza a taxatividade das normas; e, *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que estabelece limites a interpretação das normas e sistemas envolvidos pelo imperativo de legalidade.

---

[473] Os dispositivos das Regras de Mandela não estão incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, mas representam; emprestando o sentido das palavras de C. H. Fragoso (1980, p.18) sobre o documento antecedente, também aplicáveis a esse caso; "[...] padrões universalmente reconhecidos e proclamados", servindo como referencia ética a todos os envolvidos nas situações nela descritas.

[474] "Daí surgem, sem exceção alguma, os seguintes princípios: I) Toda pena imposta pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lega*). [...] II) A imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*) [...] III) O fato legalmente previsto (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, vincular-se-á mediante a lei a uma determinada lesão jurídica." (FEUERBACH, Lehrbuch, 20; apud QUEIROZ, 2008, p. 194)

[475] Nesse sentido, N. Batista (2007, p. 66), com os seguintes dizeres: "A fórmula latina foi cunhada e introduzida na linguagem jurídica pelo professor alemão Paulo João Anselmo Feuerbach (1775-1833), especialmente em seu Tratado que veio a lume em 1801. Ao contrario do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla "*nullum crimen nulla poena sine lege*"; nelas se encontra, sim, uma articulação das formulas "*nulla poena sine lege*", "*nullum crimen sine poena legali*" e "*nulla poena (legalis) sine crimine*".

Como desdobramentos do princípio da legalidade, estes quatro corolários compõem o conteúdo material de constituição e aplicação dos dispositivos normativos que fundamentam as hipóteses, as formas e os limites da intervenção estatal, incluindo, como já se estabeleceu, as normas de disciplina prisional. Desta forma, apesar do art. 45 da LEP mencionar tão somente a reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) e a anterioridade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), assim como o princípio da legalidade na execução penal é "desdobramento lógico inevitável" (CASTILHO, 1988, p. 23) do Estado de Direito, seus corolários também o são, afinal, não há razão em sustentar a legalidade olvidando qualquer um dos corolários, sob pena de esvaziar o princípio de sua função de garantia, como se demonstrará mais a frente.

Como parte da analise aqui proposta aborda-se, em seguida, cada um dos corolários apresentados, analisando o conteúdo prescritivo de seus preceitos limitadores aplicando-os diretamente às normas e práticas disciplinares prisionais, sem, conforme pontuado anteriormente, o compromisso de completude a todo o sistema disciplinar.

4.2.3 A anterioridade das normas de disciplina prisional

O primeiro corolário aqui trabalhado, denominado como princípio da anterioridade da lei e anunciado pela expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege praevi*, exsurge contra a retroatividade de normas que agravam ou ampliam o espectro de punibilidade e a capacidade de intervenção ulterior do poder punitivo. Significa, desta forma, que, uma vez finda a prática delitiva, somente a lei vigente à época dos fatos, ou preceito superveniente mais favorável ao réu[476], poderão ser aplicadas para responsabilizar ou apenar o indivíduo, sendo proibido o emprego de leis editadas após o fato, e que representem prejuízo a situação de direitos do indivíduo. A única exceção em que uma lei mais gravosa persiste apesar da edição subsequente de dispositivo favorável aos sujeitos implicados pelo poder de coerção penal, sobrevém quando a conduta delitiva tomou forma na vigência de leis penais temporárias e de leis penais excepcionais[477], por regra do art. 3º do CP[478]. Nesse caso, a lei penal temporária e

[476] Não se abordará o impasse doutrinário sobre a retroatividade da lei a partir de mudanças jurisprudenciais, sendo suficiente a notícia de que há posicionamentos tanto em favor da retroatividade (defendem que a lei só se completa a partir de sua interpretação, razão pela qual as interpretações jurisprudenciais estão abarcadas pela autorização de retroatividade das leis benéficas), quando contra.

[477] C. R. Bitencourt (2010, p. 191) conceitua essas duas espécies normativas nos seguintes termos: "As leis excepcionais e temporárias são leis que vigem por período predeterminado, pois nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias. *Leis temporárias* são aquelas cuja vigência vem previamente fixada pelo legislador, e são *leis excepcionais* as que vigem durante situações de emergência."

as leis penais excepcionais são dotadas de ultratividade, e, mesmo após o término de sua vigência ou sobrevindo dispositivo mais brando, os indivíduos continuam a responder pelas práticas criminosas perpetradas no tempo em que elas estavam em vigor[479].

Importante deixar claro que o princípio não impede mudanças na lei, afinal o poder legislativo tem autonomia, dentro dos limites e formas constitucionais, para realizar a criminalização primaria ou instruir o poder disciplinar prisional, seja criando, ampliando, agravando, restringindo ou abrandando tipos e sanções. O que o corolário da anterioridade estabelece é uma diretiva que torna inócua a edição de normas em retaliação a caso em específico, uma vez que mudanças legislativas que estabelecem maior rigor punitivo não afetam as condutas realizadas fora da vigência da norma.

O corolário da irretroatividade da lei, incluindo a ultratividade da norma nos casos em que ela beneficia o réu, é previsto pelo art. 5º, XL, da CRFB/88[480] e, com formulação diversa da constitucional, mas exprimindo a mesma ideia, pelo art. 2º do CP[481], e pelo art. LEP[482]. Desta maneira, não há como negar a incidência do princípio da anterioridade sobre as normas de disciplina prisional, contudo, deve-se definir a forma com que a anterioridade afeta as regras de disciplina prisional.

Inicialmente, deve-se pontuar que seria insensato e inviável um modelo cuja aplicação das regras disciplinares estaria restrita as normas vigentes no tempo da condenação ou do início do cumprimento da pena. Essa interpretação viola, de plano, o princípio da igualdade estabelecido constitucionalmente, possibilitando que sujeitos que partilham de condições semelhantes recebam tratamentos diferentes e, ainda, foge ao ideal de justiça posto pelo art. 2º, parágrafo único da LEP[483], que determina o mesmo tratamento aos presos em um mesmo

---

[478] CP - Art. 3º: A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

[479] R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 216-217) ao discorrer sobre o tema esclarecem que fundamento usualmente utilizado para respaldar a exceção posta pelo CP firma-se "na constatação de que, devido aos trâmites de processo penal, que supõem uma sucessão encadeada de atos processuais, tais leis jamais seriam na prática aplicadas, se não dispusessem de ultratividade". Os autores, no entanto, rechaçam essa justificativa argumentando que cabe "[...] ao legislador, perante situação calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei", apontando para uma não recepção do art. 3º do CP pela CRFB/88, na medida em que ele representa uma violação ao próprio princípio da legalidade.

[480] CRFB/88 - Art. 5º: [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[481] CP- Art. 2º: Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

[482] LEP - Art. 45: Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

[483] Art. 2º 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. Parágrafo único.

estabelecimento, independentemente da origem e da razão de sua reclusão. Além disso, o controle disciplinar pelos agentes tornar-se-ia inviável diante da constante dúvida sobre qual regra é aplicada a determinado preso. Acrescenta-se a isso também a insatisfação gerada pela diferença de tratamentos, que provocaria descontentamento: entre os presos, o que eventualmente se desdobraria em conflitos; e entre os presos e os agentes, abrindo espaço para mais ressentimento entre eles, e pode acabar por motivar vingança por parte dos presos e intervenções abusivas e ilegais por parte dos agentes. Nesse estado de coisa, a imposição de anterioridade naqueles moldes colocaria em risco a segurança de todos os envolvidos na execução da pena. Desta forma, entende-se que a determinação de anterioridade das normas de disciplina prisional permite que durante o cumprimento da pena sejam impostas novas regras disciplinares, sempre que necessário à garantia da segurança dos presos, dos agentes de segurança penitenciário e demais envolvido, sendo proibido, no entanto, que condutas realizadas antes de sua vigência da nova norma sejam punidas por ela. Assim, as regras e sanções disciplinares devem condicionar as ações e comportamentos praticados durante sua vigência, não havendo ultratividade das normas anteriores sobre as condutas praticadas na vigência da nova disciplina, mesmo que a norma anterior seja mais favorável ao preso.

Ademais, assim como no modelo penal, não há nenhum impedimento a retroatividade da regra disciplinar mais favorável ao preso. Se a conduta deixa de ter importância para os objetivos da execução penal e da administração prisional, não há mais razão para infligir restrições e sofrimento ao preso que a praticou. Sobre essa retroatividade, todavia, é possível antecipar aqui argumento levantado no sentido de que o preso que comete falta não está cumprindo com o seu papel no objetivo da ressocialização, mostrando-se incapaz de retornar ao convívio da sociedade, e, por isso, deve sofrer a sanção para que sobre seus efeitos internalize a importância do cumprimento das regras, ainda que ela não seja mais relevante e tenha sido revogada. No entanto, tal argumento é absurdo. Conforme visto, os ideias de prevenção especial positiva não coadunam com os valores assumidos pelo Estado Democrático de Direito que preza pela liberdade dos indivíduos e pela secularização das relações e intervenções estatais. Impor ao preso um determinado padrão moral para que ele assuma uma postura considerada socialmente adequada, é violar seus direitos de liberdade de consciência, intimidade, livre manifestação de pensamento e autonomia da vontade[484]. Nesse

---

Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

[484] Nesse sentido, leciona R. D. E. Roig (2017, p. 34) que: "Como consectário do princípio da humanidade emerge o princípio da secularização, o qual, afirmando a separação entre direito e moral, veda na execução penal

sentido, rechaçado o argumento pela retroatividade, entende-se que o corolário da anterioridade deve ter ampla aplicação na execução penal a fim de limitar o âmbito de interferências do poder punitivo. Por outro lado, o reconhecimento do sofrimento inerente a imposição de pena, bem como a premente necessidade de mitigação desse, demandam a ultratividade da normas mais favorável, e, se for o caso, a cassação dos efeitos daquela falta sobre a pena do indivíduo, afinal, nas palavras de R. E. Zaffaroni et. al. (2013, p. 220), "[...] torna-se inadmissível que o grau de deterioração que implica o poder punitivo possa ser ordenado por uma lei *ex-post facto*, sob o argumento de que é *aptior* para uma *ressocialização* entendida como recurso ideológico para ocultar o fenômeno da deterioração". Nesse sentido, nem mesmo as exceções pontuadas para a hipótese de normas editadas na forma de lei temporário ou excepcional deveriam ser aplicadas (na verdade não há previsão para a edição de faltas ou sanções disciplinares de caráter temporário ou excepcional, no entanto, nada impede que essas sejam editadas).

Em suma, deve-se concluir que o princípio da anterioridade é aplicado nas regras de disciplina prisional, determinando que condutas praticadas antes da entrada em vigor de uma regra não podem ser punidas nas formas e gravidades da nova, somente quando esta for mais favorável ao réu. Ignorar a máxima de anterioridade da lei implica na negação de uma das funções originárias do princípio da legalidade: a de barreira as incursões abusivas e discricionárias pautadas sobre ideais revanchistas ou punitivistas. Assim, os destinatários dessa norma - legisladores, juízes e demais aplicadores do direito – tem o dever para com o Estado Democrático de Direito de observar as proscrições emanadas daquele princípio sob pena de autoria ou cumplicidade de um exercício vicioso e inconstitucional do poder punitivo[485].

---

a imposição ou consolidação de determinado padrão moral às pessoas presas, assim como obsta a ingerência sobre sua intimidade, livre manifestação de pensamento, liberdade de consciência e autonomia da vontade."

[485] Nesse sentido: "[O princípio da intervenção legalizada] serve para evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder punitivo e constitui corolário lógico do princípio da anterioridade da lei penal na descrição dos fatos delituosos e na cominação das sanções. Na observação de Muñoz Conde, o princípio da intervenção legalizada – que nasce com o estado de direito – supõe, ao mesmo tempo, um freio para a política demasiadamente pragmática que 'decida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna'." (DOTTI, 1998, p. 170)

4.2.4 *O nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* e as normas dos regulamentos disciplinares prisionais

O corolário enunciado a partir da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* determina que a única fonte autorizada a definir as infrações penais e as penas delas resultantes é a *lei escrita*. Essa *reserva absoluta da lei* enuncia como pressuposto da intervenção penal, além do simples critério formal estabelecido constitucionalmente, a necessidade de um debate democrático, etapa essencial a garantia dos interesses pessoais e da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito[486].

> A concepção de "reserva absoluta" postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança publica, cumprindo a lei proceder a uma "integral formulação do tipo"; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com "a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada" (BATISTA, 2007, p. 73)

Assim, somente a espécie normativa que atende aos critérios formais legalmente postos a fim de assegurar a eficiência e a eficácia do debate democrático representativo, pode constituir novas formas de coerção penal instituindo novos tipos penais, espécies de penas ou tipos e sanções disciplinares, desde que respeitadas as regras de distribuição de competência e conteúdos dispostas.

Quanto às regras de distribuição de competência, no caso específico do estado de Minas Gerais, em razão da reserva de competência estabelecida pela CRFB/88 e pela CEMG/89 – que determinam a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para editar normas sobre *direitos penitenciário* (art. 24, I da CFRB/88[487] e art. 61,

---

[486] Como exemplo de violação desse corolário, ilustra N. Batista (2007, p. 69) que: "No Brasil, o caso mais escandaloso foi a imposição, por decreto, da pena de banimento a presos cuja liberdade era reclamada como resgate de diplomatas sequestrados por organizações políticas clandestinas, durante a ditadura militar. Sem reserva legal e sem processo, os presos — que nada haviam feito — eram atingidos por autentico bill ofcittainder, impondo-se-lhes uma pena não contemplada previamente em lei."

[487] No caso da execução penal, como o art. 24, I da CRFB/88 ("Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]") estabelece a competência concorrente entre a União, aos Estados e o Distrito Federal para legislar, entre outras coisas, sobre direito penitenciário, fica a cargo da União a edição das normas gerais sobre direito penitenciário (art. 24, § 1º da CRFB/88 – "§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. [...]"), enquanto a competência suplementar é deixada aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do art. 24, § 2º da CRFB/88 ("A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados"), de forma que as normas possam ser pensadas e impostas para melhor atender as características e peculiaridades de cada região.

XVII da CEMG/89[488]), cabendo a União editar as *normas gerais* sobre a matéria e os Estados e o Distrito Federal suplementá-las de acordo com os interesses e peculiaridade de suas regiões[489] – a edição de normas disciplinares é restrita à Lei Estadual, ou a Lei Delegada, editá-las por outra espécie normativa resultaria na inconstitucionalidade da nova norma. Discorre-se sobre esse assunto mais a frente, quando, no item 4.2 desse capítulo, o assunto será abordado para denunciar a inconstitucionalidade formal dos regulamentos de disciplinares prisionais do estado de Minas Gerais, razão pela qual ele não se aprofunda sobre o argumento aqui.

Quanto às limitações de conteúdo em matéria disciplinar prisional é preciso que a norma editada pelo Estado em caráter suplementar à LEP respeite o âmbito de competência da atribuição relegada a ele, não invadindo matéria de competência material de outros órgãos. Como por exemplo, no caso do regulamento disciplinar prisional: editar normas que conflitem ou contrariem as disposições da norma geral que as informa; ou, no caso específico da hipótese do art. 49 da LEP[490], editar novos tipos de falta grave quando a LEP só lega a legislação local a definição de tipos de falta disciplinar de natureza média e leve.

Nesse último caso, deve ressaltar que, diante das consequências diretas da aplicação da falta grave – o preso pode perder o direito: ao indulto, a comutação, a visita, a saída temporária, ao livramento condicional, a parte de seus dias remidos, de progredir de regime; ou ainda ser regredido de regime, etc. –, elas importam em verdadeiro mecanismo de criminalização indireta, que impõem um poder punitivo adjacente ao sistema punitivo tipo, com o gravame de estar despido de qualquer garantia. Nesse mesmo sentido, assevera R. D. E. Roig (2017, p. 211):

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

[488] Art. 61 – Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente: [...] XVIII – matéria de legislação concorrente, de que trata o art. 24 da Constituição da República; [...].

[489] Essa distribuição de competências já foi oportunamente trabalhada no capítulo 2 desse trabalho e por esse motivo não se alonga aqui sobre seus detalhes.

Assim, entende-se que a matéria deveria ser reservada ao âmbito de competências exclusivas da União, nos termos do art. 22, I da CRFB/88[491], uma vez que as faltas graves refletem sobre o cumprimento da pena com uma natureza própria as relações do direito penal. Afinal:

> Os efeitos concretos que uma sanção disciplinar implicam na esfera de liberdade da pessoa criminalizada, de fato, reclamam o reconhecimento da natureza penal das normas que disciplinam a matéria, com a consequente aplicação das garantias constitucionais de proteção do indivíduo contra o poder punitivo. (CACICEDO, 2015, p. 309-310)

Desta forma, a edição de novos tipos de falta grave pelas legislações estaduais ou do Distrito Federal não é possível ou legal, já que a competência para tal é atribuição privativa da União, padecendo insuperável inconstitucionalidade formal[492]. Um vício observado nos regulamentos disciplinares prisionais do estado de Minas Gerais até a última reformulação do documento em julho de 2016, com a entrada em vigor do ReNP-MG, que alinhou-se com a posição ora sustentada cuidando apenas de replicar as normas já dispostas na LEP, sem inovar seu conteúdo. O regulamento que antecedeu o ReNP-MG – o REDIPRI-MG, que vigeu de março de 2004 até julho de 2016 – apresentava em seu texto um total de 23 tipos de faltas graves, prevendo além das faltas já dispostas na LEP outras que durante o tempo seu vigência foram ativamente aplicadas tanto pela administração prisional para fundamentar a repercussão administrativas da indisciplina ali contida, quanto pelo judiciário, que, por ignorância ou descaso, aplicou os efeitos da falta grave na pena do sentenciado com base na violação desses dispositivos inconstitucionais[493]. Antes disso, o REDIPEN, regulamento que vigeu entre agosto de 1993 até março 2004, quando foi substituído pelo REDIPRI-MG, também previa faltas graves diversas daquelas dispostas na LEP, que, junto a essas totalizavam 14. Hoje o problema foi superado, como destacado, com a entrada em vigor do ReNP-MG, mas certamente, dada a brevidade do novo documento, há muitos presos que ainda suportam as

---

[490] Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

[491] CRFB/88 – Art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]

[492] O assunto é abordado por A. Z. Shimdt (2008a, p.49-50), ao que o autor assevera: "Perece despiciendo qualquer esforço hermenêutico para chegar-se à conclusão de que a Lei de Execução Penal, no que tange às faltas disciplinares, conferiu aos Estados a possibilidade de determinação somente das faltas leves e médias, e não também das graves. Consequentemente qualquer legislação estadual que dispusesse a respeito das faltas graves deveria ser reputada inconstitucional dada a inobservância do procedimento administrativo específico."

[493] Em pesquisa realizada no dia 15/06/2017, no sistema de jurisprudências do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; que identifica palavras-chaves nas ementas dos acórdãos daquele tribunal; não foi encontrada nenhuma correspondência aos termos: "inconstitucionalidade e redipri" e "inconstitucionalidade e regulamento disciplinar", que correspondesse a questionamento sobre a legalidade qualquer ponto do referido regulamento.

repercussões dessa inconstitucionalidade do REDIPRI-MG, seja porque teve o tempo de sua progressão de liberdade alterado, perdeu dias remidos, perdeu a chance de usufruir de indulto ou comutação da pena, etc. Razão pela qual chama-se a atenção dos operadores do direito que trabalham nesse ramo do direito, para atentar sobre o tema quando da análise dos processos de execução penal.

No mais, voltando a análise geral do corolário, a consequência direta a *reserva absoluta da lei* é o afastamento de plano da incidência do direito consuetudinário sobre a definição e as práticas de criminalização, impedindo que os aplicadores do direito fundamentem incursões sancionadoras extralegais a partir de regras e costumes não positivados. Nesse sentido, fica proibida: a criação de novos tipos penais, a concepção de novas espécies de pena, ou a aplicação de formas mais rigorosas de penas já existentes, com base apenas em costumes, ainda que o preceito seja aceito e seguido por todos.

É importante deixar bem claro que esse princípio não exclui do âmbito jurídico-penal o uso dos costumes, que ainda podem ser utilizados para elucidar o conteúdo e conceito das normas. Tanto o é que os costumes estão habitualmente elencados dentre as fontes das ciências penais normativas, não sendo incomum a utilização deles na fundamentação de causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade; como, *v.g.*, respectivamente, o consentimento do ofendido e a inexigibilidade de conduta adversa; ou em medidas que atenuam a pena ou a culpa. (TOLEDO, 1994, p. 25)

> Na verdade, só a lei escrita pode criar crimes, faltas, penas e sanções disciplinares. Os costumes podem ser utilizados apenas para explicar ou complementar (integrar) o sentido de certos elementos do tipo penal ou disciplinar. Nunca para punir ou agravar a condição das pessoas condenadas ou submetidas à medida de segurança. (ROIG, 2017, p. 49)

Assim, deve-se concluir que não é possível impor falta nem sanção disciplinar com base costume corrente da unidade prisional, ainda que esse costume seja de conhecimento geral e adotado por toda a população carcerária. A definição e a imposição de faltas e sanções disciplinares devem seguir os critérios de legalidade definidos para o ato, que asseguram que ele tenha passado pelo imprescindível processo democrático e limitam o poder disciplinar exercido pela administração prisional, na medida em que têm a sua atuação coercitiva normalizadora circunscrita as hipóteses legalmente estabelecidas. Ainda que essas hipóteses falhem na tarefa de delimitar taxativamente o conteúdo proibido, como se faz notar no próximo item.

4.2.5 A Taxatividade das Faltas e Sanções da Disciplina Prisional

Não obstante a obrigação do critério formal apresentado pelo segundo corolário represente importante medida assecuratória aos direitos e liberdades individuais, a lei que estabelece os limites da coerção penal só alcançará sua completude, segundo os preceitos do Estado Democrático de Direito, quando observar, além daquele, o critério substancial disposto pelo princípio da taxatividade – terceiro corolário do princípio da legalidade, enunciado na expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* –, afinal, "[...] não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade." (ZAFFARONI et al. 2013, p. 207)

O corolário da taxatividade demanda que o legislador despenda máxima precisão metodológica possível ao constituir o programa de justiça dos sistemas de coerção penal, devendo consumir todos os recursos técnicos necessários para dar maior exatidão aos tipos legais; sejam eles penais, processuais, executivos, disciplinares ou a qualquer outro elemento ligado a coerção penal; de forma que os contornos do poder punitivo sejam explicitados a partir de uma definição clara e completa dos elementos que a compõem[494]. Desta forma, o corolário da máxima taxatividade proíbe formulações gerais, indeterminadas e ambíguas das prescrições normativas que descrevem as condutas incriminadoras e comina suas respectivas penas. A medida busca assegurar a liberdade e os direitos individuais, minimizando as margens de dúvida e o uso de recursos de interpretação pelos aplicadores do direito, como a analogia e a interpretação extensiva, reduzindo, assim, os espaços de ingerências abusivas, arbitrárias, subjetivista e moralistas dos envolvidos na repressão penal.

> A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo- se de "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados" ou "ambíguos", equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais votadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo. (BATISTA, 2007, p. 78)

[494] "A doutrina esclarece que enquanto o princípio da reserva legal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido." (DOTTI, 1998, p. 210)

O corolário do princípio da legalidade disposto pelo dever de máxima taxatividade vincula a atuação dos envolvidos no processo de elaboração das normas de forma a se fazer efetivar, tanto a já mencionada função de garantia fundamental do indivíduo, quanto à função pedagógica da lei. A atitude de dizer a lei com clareza, ou seja, "[...] sem contornos semânticos difusos" (BATISTA, 2007, p. 80), possibilita que os indivíduos conheçam o que é ilícito, o que permite a ele não só evitar a realização de práticas proibidas e, consequentemente a intervenção penal lícita, como também afrontar e se proteger contra avanços punitivistas ilícitos.

Sobre a lógica e a premência do imperativo de taxatividade imposto, destacam-se as palavras de L. Ferrajoli (2010, p. 116-117) que estabelecem requisitos, denominados por ele de *regra semântica metalegal de formação da linguagem legal*, a serem observados pelo legislador em sua atividade legiferante. Diz o autor:

> Este princípio, que configuramos mais acima como a primeira e fundamental garantia de um sistema penal cognitivo, pode ser caracterizado agora como uma *regra semântica metalegal de formação da linguagem legal*, que prescreve ao legislador penal: a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados "verdadeiros dos" fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intenção com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução. Disso resulta, conforme esta regra, que as figuras abstratas de delito devam ser *conotadas* na lei mediante *propriedades* ou *características essenciais*, idôneas a determinarem seu *campo de denotação* (ou de aplicação) de maneira *exaustiva*, de forma que os fatos concretos que ali se incluam sejam por elas denotados em proposições verdadeiras e de maneira *exclusiva*, de modo que tais fatos não sejam denotados também em proposições contraditórias em relação a outras figuras de delito conotadas por normas concorrentes. (FERRAJOLI, 2010, P. 116-117)

Para a dinâmica normativa e prática da disciplina prisional, o corolário da legalidade deve cumprir, como elemento essencial da limitação prescritiva ao poder punitivo pelo princípio da legalidade, a importante tarefa de assegurar a constrição âmbito de incidência das regras de disciplina prisional, principalmente no que diz respeito ao conteúdo proibido pelas faltas disciplinares. A edição de tipos e sanções disciplinares vagas, genéricas e indeterminadas abre espaço para discricionariedade no exercício de administração dos estabelecimentos prisionais emancipando a execução penal da legalidade, enquanto determinações bem determinadas restringem a possibilidade de abusos e arbítrios, retirando

das mãos dos agentes públicos encarregados, a definição prática do que é permitido e do que não é[495].

> A amplitude semântica proporcionada pela descrição típica do art. 50 da LEP é indubitavelmente um fator de desestabilização das garantias dos reclusos. Isto porque as decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de predeterminações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo. (ROIG, 2005, p. 143)

A realidade fática das faltas disciplinares definidas pela LEP e pelo regulamento disciplinar prisional do estado de Minas Gerais, todavia, não se adéquam ao mandamento de taxatividade, sendo esse o principal problema de legalidade material enfrentado pelas prescrições normativas da disciplina prisional. Isto pode ser observado na definição dos deveres dos presos e das faltas disciplinares graves que, ao se valerem de tipos indevidamente amplos e elementos normativos indeterminados colocam a disposição dos agentes da administração prisional um poder de controle irrestrito sobre o tempo, o corpo e o ânimo dos presos. São variados os exemplos nesse sentido, como:

a) A indeterminação do elemento normativo "instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem", do art. 50, III da LEP[496], art. 642, IV do ReNP-MG[497] e art. 641, IV do ReNP-MG[498], que permite incluir nesse bojo qualquer item comum do cotidiano que podem ser utilizados como instrumento contundente, perfurante e/ou cortante, como, por exemplo: um livro ou uma revista, que podem ser dobrados para formar instrumento de considerável peso e dureza; uma caneta, ou alfinete, ou agulha, que podem facilmente perfurar a pele; qualquer pedaço de madeira, pedra ou tijolo, que podem ser usados como instrumento contundente; qualquer talher, até mesmo colheres, que pode se afiadas para corte ou perfuração; etc. Nesse estado, compete a administração prisional discricionariamente decidir quais objetos estão inseridos nessa hipótese, mesmo os que não são manifestamente destinados ao fim indicado, o que pode dar azo a arbítrios e abusos por parte dos agentes da administração prisional, que podem, de acordo com as circunstâncias (ou seu humor)

---

[495] ROIG, 2017, p. 46-48.

[496] LEP – Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: […] III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; [...]

[497] ReNP-MG – Art. 642. São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes: [...]
IV – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; [...]

[498] ReNP-MG – Art. 641. São consideradas faltas disciplinares médias as seguintes: [...] IV – receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos ou instrumentos que, embora inofensivos, assemelhem-se em aparência a objetos ou instrumentos que possam ofender a integridade física de outrem ou atentar contra a segurança da Unidade Prisional; [...]

determinar livremente sobre esse conteúdo. Ademais, essa regra reforça o domínio da administração prisional, típico do cárcere como instituição total, que é o de controlar quais objetos são permitidos dentro da unidade prisional e, consequentemente quais objetos podem circular naquele meio, restringindo assim o direito dos presos de ter acesso a objetos corriqueiros.

b) A abrangência do dever de "obediência ao servidor" (art. 39 II, da LEP[499] e art.622, IV do ReNP-MG[500]), imposto aos presos, e cujo descumprimento acarreta em falta grave (art. 50, VI da LEP[501] e art. 642, VII do ReNP-MG[502]), que, em função da carência de parâmetros sobre quais ordens e condutas contrárias às finalidades disciplinares seriam relevantes a imposição da sanção disciplinar, relega a essa definição aos critérios da administração pública ou do próprio servidor, que definirão, segundo seu ânimo e interesses, não só os tipos de ordem as quais o preso está sujeito sob pena de punição, como também quais condutas dos presos importariam em desobediência. Desta forma, a relação de submissão do preso para com o agente e a administração prisional carece de critério objetivo que limita o poder desse. O que poder levar a absurdos, como a aplicação de faltas disciplinares em razão de desobediências insignificantes, que não representam nenhum risco à ordem ou à segurança da unidade prisional, ou a consideração de outras condutas indisciplinadas típicas de menor grau ofensivo como desobediência, aplicando a falta grave ao invés, ou em conjunto, da falta mais branda.

c) A indeterminação dos elementos normativos "ordem" e "disciplina", dispostos nos art. 50, I da LEP[503] e art. 642, II do ReNP-MG[504], que classificam como falta grave a incitação ou a participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina. A ausência de um conceito determinado do que se entende por "ordem", e o conceito demasiadamente extenso do que se compreende por "disciplina" na execução penal (art. 44 da LEP[505] e art. 615

---

[499] LEP – Art. 39: Constituem deveres do condenado: [...] II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; [...]

[500] ReNP-MG – Art. 622: Constituem deveres do preso: [...] IV - observar atitude de obediência com o servidor e respeito e urbanidade com qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; [...]

[501] LEP – Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...] VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.[...]

[502] ReNP-MG – Art. 642. São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes: [...] VII – desobedecer ao servidor e desrespeitar a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; [...]

[503] LEP – Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; [...]

[504] ReNP-MG – Art. 642. São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes: [...] II - incitar movimento de subversão da ordem ou da disciplina, ou dele participar; [...]

[505] LEP – Art. 44: A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.

do ReNP-MG[506]), permite que quase toda conduta que esteja em descompasso com o que é posto como normal ou certo para a rotina prisional possa ser classificada como subversiva à ordem e a disciplina prisional. Assim, fica a critério da autoridade prisional, influenciada pelas funções oficiais (corretivas e defensivistas) e subterrâneas (abusiva pretensão punitivistas motivada por revanchismos, desejos latentes de empoderamento, aplicação da concepção própria de justiça, etc.) da sua prática diária, determinar se a conduta ou comportamento do preso configura-se ou não em subversão. Nesse sentido, destaca R. D. E. Roig (2005, p. 142):

> Inicialmente pratica falta grave o condenado que incita ou participa de movimento para subverter a ordem ou a disciplina. Eis aqui evidente exemplo de indeterminação conceitual jurídica, não resolvida pela inconsistente definição de disciplina trazida pela própria LEP. Do mesmo modo, a noção de ordem carece de objetividade, sendo pautada por parâmetros que, na realidade, são determinados casuisticamente, mas sempre em conformidade com os interesses "maiores" da Administração, já que "o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana".

Nessa indeterminação práticas que não representam risco nenhum a segurança e a ordem dos estabelecimentos prisional, com a greve de forme e o isolamento voluntário na própria cela, utilizados como forma de protesto contra algum ponto ou prática da administração prisional[507].

d) O alcance irrestrito do art. 641 do ReNP-MG[508], que, ao atribuir falta média a conduta que "descumprir as normas do Sistema Prisional ou as normas internas da Unidade Prisional, devidamente homologadas pela Subsecretaria de Administração Prisional, desde que tenha sido dado prévio conhecimento ao preso"; basicamente abre espaço para que qualquer violação às normas da administração prisional, o que inclui todas as faltas dispostas no regulamento disciplinar prisional do estado, seja valorada como indisciplina e penalizada segundo os rigores daquele tipo de falta, que, nos termos do art. 671, II do ReNP-MG[509] pode, dentre outras sanções, impor isolamento por período mínimo de 10 e máximo de 20 dias. Uma determinação que, analisada sobre os critérios do corolário da taxatividade, não pode ser classificada senão como absurda, pois fulmina todo o sentido dessa garantia de legalidade, ao

[506] ReNP-MG – Art. 615: A disciplina consiste no cumprimento da ordem, na obediência às determinações das autoridades e no desempenho do trabalho.
[507] SHIMIDT, 2008a, p. 46.
[508] ReNP-MG – Art. 641. São consideradas faltas disciplinares médias as seguintes: [...] II – descumprir as normas do Sistema Prisional ou as normas internas da Unidade Prisional, devidamente homologadas pela Subsecretaria de Administração Prisional, desde que tenha sido dado prévio conhecimento ao preso; [...]

permitir que qualquer ação, em absoluto, entre no espectro de proibição da norma. O mais interessante de se notar é que o ReNP-MG representou para o contexto normativo disciplinar do estado de Minas Gerais um avanço, se comparado com o disposto no REDIPRI-MG (regulamento que o antecedeu), já que a falta ora analisada tem clara inspiração no disposto do art. 27, XXIII do REDIPRI-MG, que trazia como falta grave o seguinte dispositivo: "Art. 27. São consideradas faltas disciplinares graves as seguintes: [...] XXIII - desrespeitar as leis e normas vigentes". Uma formulação infinitamente mais ampla e absurda que a já tão extensa e aberrante.

e) A indeterminação da sanção disciplinar de suspensão ou restrição de direitos, disposta no art. 53, III da LEP[510] e no art. art. 651, III da ReNP-MG[511], que, ao simplesmente dispor que a administração prisional pode restringir certos direitos disposto em outro norma[512], acaba sem parâmetros objetivos para as forma e medidas daquela restrição, já que é uma qualidade das normas que dispõem sobre direitos a abstração e a generalidade. Assim, as formas dessa espécie de sanção permanecem abertas, já que a limitação de direitos, como o de contato com o mundo exterior (art. 41, XV da LEP), pode se transfigurar em várias configurações que podem proibir, por exemplo, a troca de correspondências com o mundo exterior, o acesso a qualquer meio de comunicação (jornal, revista, televisão, livros, etc.), entre outros.

Existem outros tantos exemplos, mas, como pontuado no começo desse capítulo a intenção aqui não é abordar todas as ilegalidades materiais presentes nas normas de disciplina prisional, que são muitas.

---

[509] ReNP-MG – Art. 671. Consideram-se sanções disciplinares médias: [...] II - isolamento na própria cela ou local adequado por um período mínimo de 10 (dez) dias até 20 (vinte) dias, cumulado com a suspensão ou restrição de direitos por igual período.

[510] LEP – Art. Art. 53. Constituem sanções disciplinares: [...] III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); [...]

[511] ReNP-MG – Art. 651. Aplicam-se aos presos infratores as seguintes sanções disciplinares: [...] III - suspensão ou restrição de direitos – vide artigo 627, parágrafo único, deste Regulamento; [...]

[512] No caso da LEP, o art. 41, parágrafo único, coloca a disposição da sanção de suspensão ou restrição de direitos, os direitos dispostos incisos V, X e XV do art. 41, que dispõe, respectivamente, do direito: à "proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação"; à "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados"; ao "contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes". O ReNP-MG, por sua vez, coloca a disposição da sanção de suspensão ou restrição de direitos os direitos dispostos no art. 627, V, IX e XVI, que tratam, respectivamente do direito: de "ser visitado por seu cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias determinados e em conformidade com que estabelece este Regulamento"; de "exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena"; à "saída diária da cela para banho de sol por no mínimo 02 (duas) horas".

Como se pode perceber pelo disposto nos exemplos anteriores, a inobservância do corolário da máxima taxatividade atenta contra o âmbito de direitos dos presos e impõe sofrimentos, na medida em que ele possibilita, dentro do já desproporcional âmbito de discricionariedade da administração prisional na definição e concretização dos termos da execução penal, que os agentes da administração prisional determinem o conteúdo e os limites das normas disciplinares elementares. Nesse contexto, o ambiente prisional é receptivo a qualquer pretensão da administração prisional e seus agentes seja ela bem intencionada ou espúria, tornando-se lugar propício a abusos e arbítrios de todas as ordens.

4.2.6 Limites de Interpretação das Normas de Disciplina Prisional

Por fim, em decorrência direta dos corolários precedentes, tem-se o quarto corolário do princípio da legalidade enunciado pela expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que fixa limites às possibilidades de interpretação das normas relacionadas ao exercício da coerção penal, sendo seu principal signo o impedimento colocado ao uso de analogias[513] que agravem a situação de direitos dos indivíduos – proibição da *analogia in malam partem.*

A concepção iluminista do princípio da legalidade originariamente era composta por com uma visão "ingênua e extremista" pela qual se creditava a lei a capacidade de cobrir todas as situações e vicissitudes possíveis, restando ao juiz apenas a tarefa de aplicá-la cruamente, sem qualquer necessidade de interpretação ou acomodação lógica dos fatos a prescrição legal (FERRAJOLI, 2010, p. 353). Na atualidade a ideia de completude do direito positivo está superada, uma vez reconhecida a diversidade e mutabilidade dos comportamentos humanos e aceitas as limitações descritivas próprias da linguagem. Assim, as ferramentas de interpretação e integração das normas estão dispostas entre os artifícios disponíveis a atividades executivas e jurisdicionais, para que cumpram da melhor forma possível a função destinada a eles. Notada a mudança de compreensão, é importante salientar que o corolário, nos moldes atuais, permite a interpretação e adequação dos dispositivos prescritos no âmbito das ciências penais normativas, como, por exemplo, ao permitir a *analogia in bonam partem* e certa medida de interpretação extensiva, contudo, condiciona e restringe o uso de recursos de integração do sistema normativo.

[513] N. Bobbio (1995, p. 151) conceitua analogia como: "[...] o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante".

O principal impacto ocasionado por esse corolário é a proibição da *analogia in malam partem*. O limite interpretativo proposto busca impedir que as relações e condutas afastadas ou não contempladas pela lei sejam introduzidas ao universo de interferência do programa de criminalização através da ressignificação ou ampliação dos conceitos e elementos utilizados pela lei na definição dos contornos do sistema de coerção penal. O âmbito de atuação e interferência do poder punitivo é desenhado exclusivamente pelas leis – anteriores, formalmente adequadas e taxativas- que, ao mesmo tempo, delimitam e limitam o exercício da força punitiva a partir dos princípios e ideais do Estado Democrático de Direito. Assim, impede-se que aquela força seja executada fora dos parâmetros eleitos, ainda que apenas idealmente. Exige-se, portanto, que no momento de realização da criminalização secundária[514], sejam observados os limites atendidos pelo princípio da legalidade e seus demais corolários, assegurando, desta forma, a completude das garantias propostas no momento de individualização do programa de coerção aos casos concretos.

Conforme mencionado, nem todos os métodos de interpretação e integração do sistema normativo são impedidos por esse corolário. A analogia realizada em benefício do indivíduo (*analogia in bonam partem*) e a interpretação extensiva são permitidas.

A *analogia in bonam partem*, justificada a partir do princípio da equidade e do princípio de intervenção mínima, possibilita exercício de limitação típico e característico do Estado de Direito conferindo ao interprete capacidade para adequar a situação de justiça possível para certas ocasiões, a casos concretos semelhantes não contemplados. Desta maneira, evita-se que lacunas ou imprecisões normativas estendam o poder punitivo além dos limites racionais e éticos do sistema de direito, afinal, diferente das relações de direito civil[515], "o direito penal provê maior segurança jurídica quanto mais descontínuo for o exercício do poder punitivo que habilita" (ZAFFARONI et al., 2013, p. 209). Conclui-se, a partir disso, que a analogia é perfeitamente cabível a complementação e integração das situações que

[514] R. E. Zaffaroni et al. (2013, p. 43) conceituam criminalização secundária da seguinte forma: "[...] a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos parra assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização)."

[515] A lógica do direito civil coaduna com a aplicação da analogia como ferramenta de complementação e integração do seu sistema, pois sua função premente é a de resolver conflitos e quanto mais ferramentas estivem dispostas para esse objetivo melhor, ampliando positivamente o âmbito de atuação, a segurança e a racionalidade do exercício jurisdicional.

envolvem o poder punitivo estatal, no entanto, apenas quando for realizada em benefício do indivíduo, sendo terminantemente proibida a *analogia in malam partem*[516].

Diferente da analogia, em que há situações ao mesmo tempo semelhantes e distintas, a interpretação extensiva, por sua vez, trata de uma mesma situação, mas que, em função de sua indeterminação, possibilita a inclusão de elementos e conceitos diversos no mesmo domínio descritivo, mesmo que não haja nenhuma ligação entre eles[517]. Nesse limites, a interpretação extensiva é notavelmente capaz de ampliar o espectro de atuação do poder punitivo, razão pela qual são propostas barreiras a sua realização. Assim, defende-se, a partir dos mandamentos do princípio do *in dubio pro reo* e do princípio de intervenção mínima, a adoção de extensões apenas quando elas favorecerem a liberdade e os direitos individuais. No entanto, diferentemente da analogia, a interpretação extensiva não é regrada de forma tão absoluta, sendo defendida e comumente utilizada até mesmo em desfavor do indivíduo.

Pelo exposto, percebe-se que o quarto corolário do princípio da legalidade busca regrar a atuação dos agentes públicos responsáveis pela criminalização secundária, pois se preocupa sobremaneira com a expansão do espectro de interferência do poder punitivo além dos contornos fixados, configurando verdadeira medida assecuratória da liberdade e dos direitos fundamentais. Por essa razão não há como afastar a aplicação desse corolário aos dispositivos e situação da execução penal, e consequentemente as normas de disciplina prisional. Nesse sentido, destaca R. D. E. Roig (2017, p. 42) que: "a aplicação do princípio da legalidade supõe não apenas que as faltas e sanções estejam legalmente previstas, mas que sejam ainda estritamente interpretadas, sob pena de tornar sem sentido o princípio". Imperativo, dessa maneira, restringir as formas de interpretação que agravam o sofrimento da pessoa presa, como a *analogia in malam partem* e a interpretação extensiva que cria ou expande penas e tratamentos em desfavor do réu[518].

---

[516] N. Batista (2007, p. 75) destaca a unanimidade alcançada pelo dispositivo na doutrina brasileira. Segundo o autor: "Salta aos olhos a total inaplicabilidade da analogia, perante o princípio da legalidade, a toda e qualquer norma que defina crimes e comine ou agrave penas, cuja expansão lógica, por qualquer processo, e terminantemente vedada, havendo neste ponto unanimidade na doutrina brasileira"

[517] Exemplo típico da interpretação extensiva pode ser encontrado na definição do elemento normativo do art. 157, § 2º, I do CP, que define o *emprego de arma* como causa de aumento de pena nos crime de roubo. O numero de objetos que podem ser classificados como arma vai depender diretamente da interpretação dada ao conceito de arma. O conceito adotado pode restringir-se apenas aos objetos criados com a finalidade de ataque e de defesa das pessoas, como, por exemplo, uma espada, uma arma de fogo e um soco inglês. Como também pode se estender a todo o objeto que, mesmo não criados para outra finalidade, pode ter sua a finalidade alterada para servir como meio de ataque e defesa do indivíduo, como, por exemplo, uma faca de cozinha, uma viga de metal, ou uma corda de varal (armas brancas em geral).

[518] "No Direito de Execução Penal, a analogia somente pode servir como forma integradora de conceitos, jamais para criar formas de agravar a condição das pessoas condenadas. Também por esta razão, a interpretação de qualquer dispositivo passível de imposição de tratamento penal rigoroso deve ser eminentemente restritiva, não comportando extensões ou analogias em prejuízo do indivíduo." (ROIG, 2017, p. 48)

Em relação às normas de disciplina prisional, o grande problema associado a esse corolário decorre diretamente da inobservância do corolário da máxima taxatividade. Conforme pontuado, as faltas e sanções disciplinares padecem de tipos manifestadamente vagos, genéricos e indeterminados, ocasionando infestos espaços discricionariedade à atuação da administração prisional, que, não raro, convertem-se em abusos e arbítrios que desqualificam a dignidade e os direitos dos presos. A interpretação dada às normas de disciplina prisional, carentes de taxatividade, tende a orientar-se, pelo próprio objetivo utilitário das funções corretivas e defensivistas intrinsecamente associadas à execução penal e a atribuições da administração prisional, a imposição e ao cumprimento de restrições latentes que limitam e constringem o espaço, o corpo e o ânimo dos presos, direcionando a rotina penal sempre em atenção primeva as necessidades e interesses da administração prisional, do tratamento prisional e da agenda de garantia da ordem e da segurança. Afinal, a norma toma a forma que o seu intérprete dá a ela nos limites hermenêuticos definidos por seus elementos normativos, objetivos e subjetivos. Como na execução penal a tarefa de interpretar e aplicar a norma é atribuição tipicamente da administração prisional e seus agentes, se ela ignora os critérios mínimos do corolário da taxatividade, utilizando formulações amplas e termos indeterminados, a tendência é que eles sejam completados segundo os interesses e inclinações daqueles sujeitos, olvidando ou colocando em segundo plano o direitos dos presos e as condições necessárias a garantia de sua humanidade.

4.2.7 Princípio da Legalidade como Limite ao Poder Disciplinar

O princípio da legalidade e seus corolários, conforme se fez notar, desempenham indispensável função na definição e limitação do poder punitivo estatal, formulando instrumentos aptos a conquista e manutenção dos valores democráticos e éticos do Estado de Direito. Nesse passo, as diversas instâncias de poder, inclusive a Administração pública, precisam impreterivelmente observar a legalidade, cujo controle externo deve ser realizado pelo poder judiciário. Todavia, na prática da execução penal e, especialmente no âmbito das normas de disciplina prisional, o princípio da legalidade não é suficientemente observado a ponto de efetivar sua função limitadora, restringindo, na maioria das vezes, a cumprir tão somente os preceitos decorrentes do corolário da anterioridade, olvidando em suas formulações os critérios estabelecidos pelo corolário da taxatividade e os limites impostos a interpretação de seus dispositivos.

Nesse contexto, a violação sistêmica do princípio da legalidade no âmbito de realização da disciplina prisional disponibiliza, conforme foi pontuado, muitos espaços de discricionariedade para que os agentes da administração prisional determinem e apliquem de forma irrestrita o seu poder disciplinar normalizante que, direcionado especificamente ao cumprimento da função corretiva das ideologias e ressocialização e as demandas repressivas do ideal defensivista, dominando o indivíduo presos em todos os aspectos externos e internos da sua existência. Nessa dinâmica, típica dessa instituição total que é o cárcere, o sujeito, subjugado pela mecânica de poder totalizante, arbitrárias, subjetivista e moralista assumida pelo poder disciplinar no âmbito prisional, é destituído de sua dignidade, tendo não só seu corpo rechaçado pelas condições desumanas que a realidade carcerária enfrenta, como sua mente e seu ânimo destruídos e reformulados através de práticas corretivas impostas pelo tratamento prisional e pelo aparato de dominação disciplinar, que ignoram a substância de humanidade e liberdade da mente do recluso, para cumprir ali o seu fim útil. Assim, valores democráticos tão caros ao estado de direito democrático; como a dignidade humana, o princípio de humanidade, o princípio de separação entre o direito e a moral, a preponderância da liberdade e dos direitos fundamentais dos indivíduos, etc.; são recorrentemente violados no âmbito prisional, não só pela conjuntura estrutural calamitosa, mas pelo domínio imposta através de violências institucionais e subterrâneas, que só fazem desconsiderar o recluso como sujeito de direitos.

A superação dessa conjuntura é tarefa complexa e dificílima, mas certamente passa pelo caminho de fortalecimento e adequação da garantia de legalidade no âmbito das execuções penais e da disciplina prisional, afinal ela presta a atenuar as distorções do poder punitivo e disciplinar, aprumando os institutos e as práticas que fazem parte desse contexto, de acordo com os valores e princípios do estado democrático de direito, ao mesmo passo em que limitando o poder punitivo de finalidades espúrias e nefastas, que tendem a se proliferar e organizar dentro de espaços de poder desregulados.

O poder punitivo é instrumento de poder e como tal pode e é utilizado para atender a interesses que não necessariamente condizem com os padrões éticos e democráticos do estado de direito. Nesse sentido, a imprecisão das normas de coerção penal corre somente em benefícios daqueles que não tem interesse em seguir os padrões postos, possibilitando o exercício do poder punitivo para cumprir com seus interesses ou ir contra seus inimigos declarados e opositores, erigindo argumentos de legalidade através de sua insuficiência. Assim, é importante denotar os efeitos nefastos que a violação ao princípio da legalidade ou qualquer um de seus corolários podem causar; ao que se empresta lição de L. Ferrajoli (2010,

p. 346-347), que se lembra das experiências penais totalitárias da Alemanha Nazista e da União Soviética que, negando as garantias fixadas pelo princípio da legalidade - admitiam o uso da *analogia in malam partem*, o emprego tipos penais abertos e indeterminados, etc. -, instrumentalizaram o poder punitivo estatal de forma a perseguir seus inimigos e opositores. Tais episódios históricos, entre outros, devem servir de exemplo (negativo) a humanidade, pois ressaltam a importância não só das garantias impostas pelo princípio da legalidade como de toda a dinâmica restritiva erigida pelo Estado Democrático de Direito em defesa da liberdade e dos direitos individuais. Nesse sentido, concorda-se como R. A. Dotti (1998, 210) quando esse dispõe que o princípio da legalidade "[...] deve ser tratado como um dos dogmas prioritários ao sistema enunciado de maneira a fornecer maiores garantias [...]".

5 A FLEXIBILIZAÇÃO DA PENA PELA DISCIPLINA PRISIONAL

É depositada sobre a mecânica de poder da disciplina prisional, conforme pontuado ao longo do texto, a responsabilidade por articular o intrincado sistema executivo em que a efetivação da medida de privação da liberdade, a manutenção da ordem e da segurança (função defensivista da execução penal) e a aplicação do tratamento prisional (função corretiva da execução penal) devem ser realizadas, concomitantemente, em um ambiente intrinsecamente violento e degradante. Ante essa demanda, a administração prisional, principal encarregada de executar a disciplina prisional e todas as funções indicadas acima, deve, como meio de assegurar o cumprimento de suas atribuições, orquestrar um conjunto de medidas, práticas e pessoas de modo que sejam concretizados os dispositivos disciplinares impostos aos presos.

Nesses termos, conforme também já se pontuou, o âmbito de sofrimentos suportados pelos presos e o grau de respeito acolhido à dignidade e aos direitos desses, são determinados pelo espectro de restrições de cunho disciplinar imposta aos presos e a natureza dessas restrições, que, dependendo da tônica assumida pelo poder disciplinar prisional na constituição e aplicação dessas restrições, pode assumir diferentes nuances de constrição e controle. Assim sendo, se as práticas disciplinares se orientarem por um regime de viés garantista o que se observaria, muito provavelmente, seria um sistema delineado ao respeito efetivo dos direitos dos presos, sem imposições de cunho moral ou a obrigação de tratamento corretivo (cuja aderência se daria somente pela adoção espontânea e voluntária aos programas de reintegração social), em que as restrições impostas aos presos se restringiriam ao mínimo necessário à garantia da ordem e da segurança e a menor medida possível de imposição de sofrimento aos presos (*utilitarismo jurídico* garantista[519]). Por outro lado, se a prática disciplinar se orienta por um regime eminentemente repressivo, esse sistema seguramente assumirá como propósito maior o controle absoluto dos aspectos da vida do apenado (corpo, tempo, espaços, ânimo, etc.) e de suas escolhas mais básicas, impondo um rígido e amplo conjunto de restrições que recorrentemente mitigariam e atacariam direitos não afetados pelo título executivo, a fim de garantir o cumprimento estrito dos interesses da administração prisional; quais sejam: o cumprimento da restrição manifesta pelo título de execução penal; a sobrelevada necessidade de manutenção da ordem, da disciplina e da segurança; além de

[519] Veja nota de rodapé nº 95.

eventuais tratamentos corretivos e moralizantes postos oficialmente pelo aparelho de execução penal ou de forma subterrânea pelos agentes da administração prisional.

No sistema prisional brasileiro, a realidade há muito tempo enfrentada condiz, entre os dois modelos apresentados, como o modelo repressivo de organização e concretização do regime prisional e das normas disciplinares aplicadas a ele. Um modelo que exsurge da associação da postura corretiva e (principalmente) a defensivista à típica configuração do cárcere como instituição total, que acaba por direcionar as atividades e o regime prisional a um modelo de dominação e controle absoluto da rotina e do comportamento dos presos, impondo-lhes, em função de uma sobrelevada valoração dada à ordem e à disciplina, elevados níveis de restrições, e reagindo de forma rigorosa contra qualquer desvio. Postura essa, como bem lembra R. D. E. Roig (2005, p. 139-140), evidenciada no fato de que "[...] metade dos deveres impostos pela LEP (incisos I, II, IV, e VI do art. 39) exalta os valores de ordem, disciplina e submissão dos encarcerados [...]". Ao que se acrescenta, continua o autor, um sistema de constrição disciplinar cujo "[...] descumprimento dos deveres de obediência ao servidor, de respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e de execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas, representam falta de natureza grave, nos termos do inciso VI do artigo 50 da LEP".

Nestes temos, orientado por levantes correcionistas e defensivista o programa executivo penal imposto no Brasil delineia-se a partir da programação e efetivação de um conjunto de restrições (latentes) imposta ao domínio repressivo dos indivíduos submetidos a seu âmbito de administração, o que: estende e intensifica o conjunto de obrigações e proibições impostas aos administrados do sistema prisional; obsta a disponibilidade e o gozo de direitos não atingidos pela sentença penal; e dificultam/quebram as relações institucionais e pessoas que possibilitam individualização da pena[520]. Situação essa que se intensifica ante as correntes mazelas enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro, na medida em que os problemas estruturais, como a falta de recursos e condições mínimas de subsistência e a superlotação, que intensificam as tensões entre poder público (e seus agentes) e os

[520] Sobre esse último: "A vida no estabelecimento carcerário, com ênfase excessiva na segurança, impõe a uniformidade de tratamento. Assim, desde o primeiro momento da prisão, o detento é submetido a um tratamento em que vai perdendo, gradativamente, sua individualidade. É impossível seguir aquele dispositivo legal, dada a forma de organização das instituições prisionais. O preso torna-se um número dentro da instituição e dessa maneira, é mais fácil controlá-lo e enquadrá-lo no esquema institucional totalitário que caracteriza o sistema penitenciário." (CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 86-87)

administrados, que em condições normais já se colocam em posição antagônica[521], demandando um maior controle da massa carcerária[522].

> A execução penal em nosso país ainda é finalisticamente orientada para a proteção de certos "bens jurídicos", tais como ordem, disciplina e segurança, corriqueiramente usados como pretexto para a violação de direitos fundamentais das pessoas presas. Esta é de fato uma realidade mundial atual. Conforme explica Gustavo Arocena, muitas vezes os riscos para os direitos fundamentais das pessoas presas decorrem da sobrevalorizada centralidade que a agência penitenciária atribui às questões relativas à segurança, disciplina e ordem interna no estabelecimento carcerário, sendo frequente que o pessoal penitenciário ajuste toda a sua atividade no sentido de um controle estrito que evite possíveis desviações, sem reparar nas eventuais afetações aos direitos das pessoas presas. (ROIG, 2017, p 197-198)

Nesse contexto, o âmbito de restrições impostas ao indivíduo está diretamente relacionada ao conjunto de obrigações constituídas a partir da aplicação do tratamento prisional e, especialmente, do regime disciplinar prisional que, na efetivação de suas funções, estabelecem, para além das restrições manifestas da sentença ou decisão judicial, uma profusa variedade de restrições latentes. Uma realidade que imprime à pena uma flexibilidade notável entre o disposto pela cominação exemplarizante da condenação penal e as restrições efetivamente aplicação pelo aparelho de execução penal, já que a função corretiva e o caráter defensivista assumido pela execução penal desdobram a restrição manifesta em um extenso complexo de restrições latentes, avocadas como necessárias a realização da ordem central à execução penal e das pretensões trazidas pelas funções que se anexam à ela[523]. Desta forma, como bem destacado por M. Pavarini e A. Giamberardino (2011, p. 201), estabelece-se um "[...] modelo de 'pena flexível', no qual o sofrimento legal juridicamente determinado pelo

---

[521] "As relações entre os dois subgrupos está marcada pelo autoritarismo. Os guardas têm de mostrar a sua autoridade e dominação, o que se faz através da imposição de regras e de punições. As regras são numerosas e controlam por completo a vida dentro da prisão. Muitos dos comportamentos que são de rotina e costumeiros na sociedade livre constituem violação de regras na prisão. O controle se faz através de rígido sistema disciplinar. Como esclarece AUGUSTO THOMPSON, "Cumpre manter um equilíbrio entre guardas e internos, através de uma justiça impessoal, padronizada e objetiva, onde impessoal quer dizer igualitária, no sentido mais grosseiro do termo; padronizada significa assunção dos padrões fornecidos pela comunidade carcerária; e objetiva implica em atender aos princípios regulamentares ao pé da letra". Aceitam-se as partes dos guardas, mesmo que não estejam demonstradas, para manter a sua autoridade. As tensões entre o mundo livre e o mundo da prisão são usadas como meio de controle, conduzindo a um progressivo afastamento dos padrões culturais do mundo livre." (FRAGOSO, 1980, p. 11)

[522] "A prisão constitui um sistema de convivência anormal e violento, sujeito a pressões intoleráveis. Por isso mesmo, não será nunca fácil limitar o arbítrio dos que procuram manter sob o controle os que são forçados a essa convivência." (FRAGOSO, 1980, p. 35)

[523] "Es cierto que las ideas de tratamiento y resocialización han introducido en el sistema penal una creciente indeterminación, de forma que se constata una distancia cada vez mayor entre la pena prevista en la ley, la pronunciada por el Juez y la realmente cumplida por el condenado. Durante la fase de ejecución se admite la intervención que puede condicionar la pena, produciéndose un desfase entre la establecida en la sentencia y la cumplida por el condenado de manera efectiva, por lo que aquella se convierte en un mero instrumento técnico de referencia." (MARTÍN, 2011, p. 284-285)

fato punível acaba por ser meramente virtual em relação à punição efetivamente aplicada após a sentença condenatória".

Sobre os efeitos dessa flexibilidade da pena na relação de direitos da execução penal destaca-se a lição de L. Ferrajoli (2010, p. 375), *in verbis*:

> Esta dupla função da pena - exemplar no momento da condenação, disciplinatória e comprometedora no momento da execução - confere às instituições punitivas um caráter fortemente potestativo e totalizante. Disso segue-se uma sorte de duplicação do trabalho judicial: a pena, depois de ter sido determinada pelos juízes em relação com o delito praticado, deverá redeterminar-se pelos órgãos encarregados da execução em relação com a conduta na prisão. Confere-se, assim, a estes órgãos um poder imenso e incontrolado: a pena quantitativamente flexível e qualitativamente diferenciada em sede de execução não é menos despótica do que as penas arbitrárias pré-modernas, das quais difere somente porque o arbítrio, em lugar de esgotar-se no ato de sua imposição, prorroga-se durante todo o curso de sua aplicação.[524]

A pena, nesses termos, acolhe novas dimensões na execução penal para instrumentalizar a mecânica de normalização atribuída a ela, estendendo ao joguete disciplinar totalizante e moralista que permeiam a pena efeito translativo sob o signo de justiça do sistema coercitivo penal. Com isso, é disponibilizado aos operadores do sistema executivo penal âmbito de discricionariedade que, empregado com o fim de operacionalizar o viés corretivo e defensivista da execução penal, permite que os exercícios disciplinares manipulem, como ativo de coerção ou estímulo à adequação do indivíduo, o nível mais elevado de restrições do sistema jurídico como um todo: a privação de liberdade. Estímulo, em razão dos possíveis alívios e descontos no cumprimento da pena como forma de reforçar positivamente os comportamentos considerados adequados aos objetivos propostos pelo tratamento prisional e sua agenda corretiva e a ordem disciplinar e sua agenda defensivista. Ao que se pode indicar como exemplo: a remição pelo trabalho, pelo estudo, e até pela leitura em alguns casos, que, considerados como elementos importantes a ressocialização, são incentivados com esse instituto; a progressão de regime, que permite aos apenados estágios de maior liberdade no curso da pena, retomando progressivamente o convívio social, se não se envolverem com problemas graves de indisciplina; o livramento condicional, que, no mesmo sentido e limite do anterior, permite o cumprimento derradeiro da pena em estágio de quase liberdade; etc. E coerção na medida em que sanção disciplinar pode representar, como nos

[524] Sobre as duas funções indicadas nessa citação, exemplar no momento da condenação, disciplinatória no momento da execução, destaca-se a síntese de R. M. M. Martin (2011, p. 284-285) sobre elas: "Por una parte la función ejemplificante atribuida de hecho sustancialmente a la imposición de la condena, adquiriendo así un perfil nítidamente simbólico y, por otra, los poderes disciplinarios que estas facultades otorgan a las instituciones penales, asumiendo así un carácter negocial la privación de libertade, dependiendo la aplicación de ciertos efectos beneficiosos para el condenado de juicios de valor sobre su conducta y personalidad".

casos das faltas graves, verdadeiro esquema de criminalização reflexa do comportamento carcerário considerado inadequado, uma vez que a flexibilização da pena estende ao âmbito das relações prisionais pertinentes a disciplina e ao tratamento dos presos a privação da liberdade como elemento de reforço negativo da agenda normalizadora da execução penal[525]. Nesse caso, o indivíduo tem o seu *status* prospectivo de liberdade modificado substancialmente, já que no Brasil o reconhecimento de falta grave pode, além da sanção disciplinar administrativa de isolamento: sustar parcialmente os dias remidos conquistados pelo preso, o que estende o tempo de cumprimento da pena[526]; regredir o sentenciado a um regime mais gravoso, o que agrava o grau da privação de liberdade imposta ao indivíduo; interromper o prazo para a progressão de regime, o que estende o tempo pena sobre nível de restrição mais elevado; e impedir uma série de direitos prisionais, com o livramento condicional, o indulto, a comutação, etc.

A pena flexível, nesse aspecto, permite a instrução de um modelo negocial para a pena no momento da execução, como bem destaca L. Ferrajoli (2010, p. 375):

> A segunda finalidade outorgada à execução é a correção do réu num sentido verdadeiramente disciplinar. Os benefícios e as reduções de pena concedidos com as medidas alternativas resultam de fato condicionado, no sistema da pena flexível, à boa conduta do réu, ao seu arrependimento ou a outros juízos de valor semelhantes em torno da sua personalidade. Compreende-se o caráter acentuadamente negocial que desta forma vem a assumir a vida carcerária: o preso que pretenda aproveitar os benefícios deverá oferecer cotidianamente provas de sua sensibilidade e disponibilidade ao tratamento, até que sua personalidade seja julgada meritória. O sinalagma permanente entre interiorização da pessoa e perspectiva de libertação antecipada transforma-se, assim, num instrumento de governo da prisão, graças ao controle disciplinar e ao submetimento moral dos presos às autoridades carcerárias que o mesmo assegura.

Como se pode perceber, o fator determinante para a aplicação desse mecanismo de reforços normalizantes relaciona-se ao tipo de envolvimento do indivíduo com o tratamento penitenciário, especialmente à ordem disciplinar[527].

---

[525] "Os efeitos concretos que uma sanção disciplinar implicam na esfera de liberdade da pessoa criminalizada, de fato, reclamam o reconhecimento da natureza penal das normas que disciplinam a matéria, com a consequente aplicação das garantias constitucionais de proteção do indivíduo contra o poder punitivo." (CACICEDO, 2015, p. 309-310)

[526] Importante deixar claro que a pena cominada não se estende, mas o tempo de seu cumprimento sim, já que o sistema prevê instrumentos como a remição que permitem descontos no tempo de pena a cumprir.

[527] "Estruturados no defensivismo profilático, os instrumentos de consolidação desta técnica de maleabilidade do julgado são as sanções disciplinares e os laudos e perícias criminológicas, visto que peças decisivas na avaliação judicial do 'estado perigoso', do arrependimento, da boa ou má adaptação do sujeito à prisão *et coetera*. É este poder ilimitado que transforma em *total e liberticida a instituição carcerária:porque reduz a pessoa a uma coisa, colocando-a inteiramente nas mãos de um outro homem, ofendendo com isso a sua dignidade, seja quem for aquele que deve decidir*." (CARVALHO, 2008b, p. 197)

> A predominância dos valores de ordem e disciplina na execução penal aliada à consideração dos direitos subjetivos a ela inerentes como "benefícios" concedidos pelos operadores do direito, fazem com que as normas acima descritas se relacionem a todo tempo em caráter de dependência, já que é o fator disciplinar que determinará a possibilidade de conquista dos direitos e a consequente redução da intensidade do sofrimento da pena. A relação direta dessas normas com a liberdade da pessoa criminalizada não deixa dúvida acerca do seu caráter penal e da consequente necessidade de respeito às garantias constitucionais do poder punitivo. (CACICEDO, 2015, p. 309)

Desta forma, o controle dos indivíduos submetidos ao aparato de execução penal pelo poder disciplinar estabelecido pela administração prisional, se equipa de elementos próprios do sistema de criminalização, operando sobre os mesmos conteúdos perseguidos pelo sistema punitivo (geral), quais sejam os direitos e as liberdades dos indivíduos em conflito com o interesse do Estado. Nesse sentido, a disciplina prisional representa sistema de constrição da liberdade de efeitos tipicamente penais que, exercido dentro do próprio parelho de coerção penal, desenvolve-se em um ambiente em que essa intervenção toma ares de legitimidade mesmo sobre práticas ilegais, dada a discricionariedade presente em forma de juízos de oportunidade que permitem a justificação de restrições variadas sobre os preceitos corretivos e defensivistas, pelos agentes da administração prisional. Sobre essa extensão do poder punitivo de fato na execução penal M. Foucault (2009, p. 24-25) destacou que:

> Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicaram em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir; dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar; que uns, depois das sentenças, só têm o direito de fazer executar uma pena fixada pelo tribunal, e principalmente que outros — os peritos — não intervêm antes da sentença para fazer um julgamento, mas para esclarecer a decisão dos juízes. Mas desde que as penas e as medidas de segurança definidas pelo tribunal não são determinadas de uma maneira absoluta, a partir do momento em que elas podem ser modificadas no caminho, a partir do momento em que se deixa a pessoas que não são os juízes da infração o cuidado de decidir se o condenado "merece" ser posto em semiliberdade ou em liberdade condicional, se eles podem pôr um termo à sua tutela penal, são sem dúvida mecanismos de punição legal que lhes são colocados entre as mãos e deixados à sua apreciação; juízes anexos, mas juízes de todo modo.

Nestes termos, o grande problema dessa flexibilização é que ela alvitra um modelo de punição disciplinar com feições e efeitos tipicamente penais dentro de um meio destituído das garantias asseguradas ao exercício desse tipo de poder. Nesse segmento, leciona L. Ferrajoli (2010, p. 377) que: "'Flexibilidade das penas', quer dizer, na verdade, flexibilidade também dos pressupostos das penas; e esta flexibilidade, como a experiência ensina, supõe o esvaziamento da lei e do juízo e, portanto, a dissolução de todas as garantias, tanto penais

quanto processuais". Assim, é possível observar que a disciplina prisional e seu potencial de flexibilização da quantidade e a qualidade da pena aplicada a pessoa, representam verdadeiro mecanismo de criminalização que exerce seus efeitos sobre a liberdade e os direitos das pessoas, a partir de ordens e valorações amplamente arbitrárias, diretamente interessadas no controle repressivo das pessoas[528], e alheias a todo o aparato de penal e processual penal garantia posto pelo estado democrático de direito a limitação do poder punitivo. Ou seja, no mesmo ambiente em que se observou, ao longo de todo o trabalho, a atuação disciplinar da administração prisional; que pelo simples fato de ser parte diretamente interessada em modelos de maior restrição e controle da massa carcerária já tem uma inclinação a desvios; junto a um nefasto espaço de discricionariedades posto por três fatores distinto. O primeiro relativo à própria distribuição do poder disciplinar prisional que, na divisão de tarefas proposta pelo modelo misto de gestão da execução penal, estabeleceu o protagonismo da administração prisional na definição e aplicação do regime disciplinar prisional. O segundo, e principal fator de fomento da discricionariedade mencionada e objeto central do presente estudo, relativo ao hiato de legalidade das normas que regulamentam a disciplina prisional que: em razão da escassez de normas sobre determinadas situações, a indeterminação e a vagueza de alguns dispositivos e, até mesmo a inobservância de requisitos formais na constituição do regulamento disciplinar; falha em definir os contornos da atuação estatal, permitindo que escolhas relativas ao conteúdo de restrições das normas e o limite do poder disciplinar sejam definidos primordialmente para o cumprimento dos interesses da maquina administrativa prisional, o que frequentemente resulta em maiores restrições aos direitos e a dignidade dos presos. E, por fim, o terceiro fator, que decorre da ausência de efetivo controle externo das medidas disciplinares estabelecidas intramuros, pois, apesar das intenções de jurisdicionalização, tão presente nos discursos que motivaram a criação da Lei de Execução Penal, há pouco envolvimento do poder judiciário nas práticas disciplinares intramuros (seja por iniciativa própria ou provocação de terceiros), que vai cuidar primordialmente de aplicar os efeitos da indisciplina nos termos processuais que regem o cumprimento da pena.

Nesse contexto, é possível pontuar que a atuação criminalizante, operada pela administração prisional através da flexibilização da pena pela disciplina prisional, difere da tradicional em dois pontos cruciais, que marcam o seu viés autoritário e moralista, quais sejam: o interesse precípuo dessa criminalização não se ocupa da responsabilidade e da culpabilidade do autor da falta, mas da repressão e do controle que sua imposição pode gerar

[528] "A verdade é que a prisão cria as condições de dominação, na qual os que dominam e têm poder tendem a abusar dele, em maior ou menor extensão." (FRAGOSO, 1980, p. 35)

sobre essa massa de presos; e, a reprovação que surge dela se preocupa primordialmente da subjetividade do faltoso e não do efeito externo da falta.

Pelo primeiro ponto, são comuns as imposições de sanções sem o devido fundamento material para impô-las, sendo a decisão tomada sem provas ou até mesmo indícios de que a falta aconteceu, mas pela situação do réu (má fama, constantes episódios de atrito com o pessoal penitenciário, etc.) e/ou a repercussão intramuros do episódio, para prejudicar o condenado ou como meio de exemplificação, acreditando que a declaração da inocência incitaria o desleixo da massa carcerária ou a permissividade da prática em situações semelhantes. Nesse sentido, R. D. E. Roig (2005, p. 145):

> Assim,a fria análise dos elementos do "injusto prisional" é ofuscada pelo exasperado temor quanto ao risco que uma eventual absolvição pode representar para a manutenção da ordem. Como se vê, a decisão não se orienta por critérios técnicos, mas tão somente utilitários. Este padrão estabelece verdadeiras sanções sem preceitos e fulmina o princípio do contraditório, haja vista a inviabilidade da inquirição acusatória e de refutação defensiva quanto aos juízos valorativos atribuídos ao indivíduo. O ônus da prova da periculosidade é então covardemente invertido do Estado para o próprio preso, que precisa demonstrar que a imputação valorativa que lhe é atribuída não procede.

O segundo ponto, por sua vez, promove a flexibilização da pena por considerações moralista e subjetivista, que, embasadas em prognósticos de periculosidade e análises da personalidade do réu, modificam os termos de liberdade do réu por fatores alheios a sua conduta objetiva, mas tão somente pela sua adequação interna e externa aos parâmetros que fixam seu prepara para o retorno ao convívio social. Assim, o esquema disciplinar define o instrumento de obstrução da liberdade de presos considerados inadequados ao convívio social, sendo esse fator, e não o resultado de sua conduta, o verdadeiro fundamento de imposição sanção disciplinar. Nesse sentido, R. D. E. Roig (2005, p. 145):

> De todo modo podemos concluir que a execução da pena no Brasil, especialmente em sua vertente disciplinar, padece de uma exclusiva subjetivação, tendente a transpor as fronteiras da legalidade e sublimar a pessoa do apenado, desconsiderando a concretude do fato e a própria natureza externa da ação faltosa. Em lugar de um julgamento disciplinar fundado na objetividade jurídica da falta, realiza-se uma autêntica anamnese da periculosidade da periculosidade do autor frente à incolumidade estrutural da prisão, em que a falta é tida como um desvio antagônico aos fins colimados pela execução e o preso é tratado como um foco infeccioso no interior do "sadio" organismo do cárcere. (ROIG, 2005, p. 145)

Ademais, ao segundo caso é possível apresentar como exemplo dessa postura a determinação do art. 49, parágrafo único da LEP, repetida pelo art. 617, § 1º do ReNP-MG, que, ao estabelecer a punição da tentativa de falta disciplinar com a mesma sanção da falta

consumada, evidencia o viés subjetivista da disciplina prisional, que claramente se orienta em razão do aspecto volitivo e não propriamente do resultado da conduta. Sobre isso A. Z. Schmidt (2007b, p. 262)

> Assim, p. ex., punir-se um tentativa de evasão da mesma forma que uma evasão consumada é solução que autoriza uma fundamentação da sanção disciplinar só com base em aspectos subjetivos da infração, sem levar-se em conta a o desvalor da conduta perpetrada. Não é à-toa que o art. 57 determina que na aplicação das sanções disciplinares levar-se-á em conta a pessoa do faltoso... Em outras palavras: tais dispositivos revelam uma nítida influencia, na LEP, pelo direito penal do autor.

Ante todo o exposto, é possível concluir que a flexibilização da pena pela atuação do poder disciplinar pela administração prisional constitui de forma inequívoca mecânica de caráter penal, todavia, uma mecânica executada de forma autoritária, que corre à margem das garantias asseguradas pelos princípios constitucionais e infralegais de limitação do poder punitivo, é aplicada por parte diretamente interessadas em seus resultados, dispõe de amplo espaço de discricionariedade para estabelecer e aplicar o instituto nos termos que melhor lhe aprouver. Nessas condições, é comum que esse poder se exerça por contornos ilegais ou abusivos, majorando o sofrimento imposto através de medidas de repressão, normalização e controle dos indivíduos presos.

5.1 Resgate do Princípio de Jurisdicionalização da Execução Penal

Conectando todos os pontos dessa realidade de infortúnios está o caráter majoritariamente administrativista da disciplina prisional, que remonta a um modelo muito próximo ao esquema de sujeição absoluta do preso, pois, a despeito do ditame legal que estabelece os direitos e os deveres dos presos, encontra no hiato de legalidade e na ausência de controle externo meio quase livre para exercer seus interesses, sejam eles oficiais ou subterrâneos. Nesse sentido, a única alternativa lógica e prática a essa realidade parece ser a quebra dessa dinâmica administrativista, com o resgate da jurisdicionalização da execução penal.

A execução penal, conforme pontuado ao longo do trabalho, foi por muito tempo exercida tão somente por um modelo de execução administrativista, em que a maioria absoluta das decisões acerca da rotina e da dinâmica de restrições do cárcere eram definidas pela administração prisional. Com o advento da LEP e suas bandeiras de jurisdicionalização e legalidade da execução penal, esse sistema administrativista foi substituído por um modelo

misto de gestão da execução penal, que passou a ser dividida entre a o poder executivo (administração prisional) e o poder jurisdicional (juiz de direito). Uma situação que, em teoria, durou pouco, já que se atribui a CFRB/88 a transição definitiva da execução penal ao modelo jurisdicional. Nesse sentido, pontua N. Batista (2005, p. 236) que:

> A LEP tentou empreender um modelo misto de gestão penitenciária: jurisdicional e administrativo. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, o modelo preponderante deve ser o jurisdicional (até porque, conforme o art. 5º, XXXV da CF/88, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito). Desta forma, o terreno está aberto para que a LEP seja reconstruída a partir da interpretação constitucional a ser dada pelos magistrados.

Essa transição, no entanto, não foi acompanhada de fato pela execução penal, que persiste realizando vários dispositivos, especialmente a disciplina prisional intramuros, a revelia do poder judiciário que olvida, tanto pela falta de interesse próprio quanto pelas escassas provocações sobre questões e condições internas de realização da execução penal[529], em controlar a atividade administrativa e forçá-la a adequação. Assim, a jurisdicionalização da execução penal pela CRFB/88 representa mais uma potencial intervenção jurisdicional do que de fato um efetivo controle e tomada do âmbito de decisões das questões da execução penal.

Essa tomada de controle da jurisdicionalização, no entanto, é crucial a superação de parte das mazelas apresentadas ao longo do texto, permitindo, pelo menos, a realização dos efeitos da disciplina prisional em um meio, conforme impera a CFRB/88, de garantias, sem interesses diretos ou conflitantes e através de modelo acusatório de apuração e julgamento. Nesse sentido, os incidentes disciplinares ocorridos dentro das unidades prisionais que podem impor restrições de direito e liberdade aos presos; o que inclui basicamente todas as suspeitas de faltas disciplinares, mas especialmente as faltas graves; devem ser tirados da administração prisional, para serem julgadas pelo juiz da execução, resgatando com isso o princípio da jurisdicionalização da execução penal. Concordando com isso, N. Batista (2005, p. 237), defende, ao que se concorda, que o modelo jurisdicional é uma imposição a apuração das faltas disciplinares decorrente da própria CRFB/88. Assim, diz o autor:

> Na realidade, a constituição ao prevê o modelo acusatório para o processo penal, abre espaço para que ele também seja aplicado em sede de execução. Portanto, somos favoráveis a uma drástica redução dos atores da execução penal àqueles

[529] Muito se procura o poder judiciário para discutir as razões processuais e matérias que fundamentam o título executivo penal, mas a discussão de práticas e restrições da administração prisional, da ausência de condições de reclusão dignas, entre outros aspectos relacionados a realidade prisional intramuros, é ainda muito tímida.

> presentes no processo penal clássico: defesa; acusação e juiz. Sendo assim, fica retirado o poder disciplinar (exceto na tomada de medidas preventivas) dos diretores de estabelecimentos penitenciários, cuja função seria meramente informativa quanto aos incidentes, deixando a cargo eminentemente judicial a análise das faltas disciplinares.

Nesse mesmo sentido, respectivamente, A. Z. Schmidt e R. D. E. Roig:

> O principal efeito da constitucionalização do processo disciplinar, contudo, é o reconhecimento da sua natureza jurisdicional. Considerando-se que a sanção imposta no referido processo, de uma maneira geral, terá a potencialidade de restringir a liberdade do cidadão, não parece possível autorizarmos que tal restrição seja determinada por uma autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional), recaindo sobre o juiz um mero poder homologatório do processo, como ocorre nos dias atuais. A garantia constitucional previstas no inc. LIII do art. 5º (*Ninguém será processado nem sentenciado se não pela autoridade competente*), uma vez interpretada em consonância com outros princípios constitucionais que impõem uma participação jurisdicional em atos restritivos de liberdade do indivíduo (art. 5º, incs. LXI, LXII, LXV etc.), acarretam a sujeição de todas as sanções disciplinares ao crivo do Poder Judiciário. (SCHMIDT, 2007b, p. 263)

> De fato, não há como se dissociar o julgamento disciplinar do princípio da jurisdicionalização da execução penal. A jurisdicionalização é meio necessário à preservação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, somente plenos se o julgamento se der fora do ambiente prisional, com intervenção judicial, ministerial e defensiva. É instrumento de isonomia, alcançada com a formalização procedimental sob o crivo da mesma autoridade judicante. É garantia de que a função judicante típica prosseguirá indisponível, sempre que envolvidos potenciais atentados a direitos humanos das pessoas encarceradas. É alicerce da separação dos poderes e da imparcialidade, afastando da Administração Penitenciária – verdadeira parte nos conflitos carcerários, eis que diretamente interessada na manutenção da ordem e disciplina – o poder de julgamento das faltas disciplinares. É imperativo de legalidade, tanto quanto o é de humanidade. É, enfim, importante mecanismo formal de contenção do espaço de não direito que se tornou a execução penal, com o florescimento do puro arbítrio punitivo. (ROIG, 2017, p. 285)

Ademais, o modelo jurisdicional serve à garantia de que o a análise das faltas disciplinares cumpram os mesmos requisitos e princípios da apuração penal tradicional, assegurando assim, através do sistema acusatório, a efetivação dos princípios: do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, do duplo grau, da publicidade, da igualdade, da imparcialidade, etc. Além, de quebrar com o esquema inquisitorial da apuração administrativa[530], no qual a mesma autoridade que instaura e investiga a falta é também responsável pelo seu julgamento.

[530] "Como é notório, em face da natureza jurídica, o processo administrativo e o processo judicial são extremamente diferenciados, notadamente no que diz respeito à principiologia garantista do primeiro e inquisitiva do segundo." (CARVALHO, 2008b p. 154)

> Também se alicerça no princípio da imparcialidade, tendo em vista que se o juiz não pode exercer jurisdição no processo em que for parte ou diretamente interessado no feito (art. 252, IV, do CPP), a autoridade administrativa tampouco poderá julgar as faltas disciplinares das pessoas presas, pois no cotidiano carcerário a Administração Penitenciária ostenta autêntico caráter de parte. Acrescente-se aqui o fato de que, conjugando-se os arts. 47, 48, parágrafo único, e 195 da LEP, compete à autoridade administrativa instaurar o procedimento ("sindicância") para apuração da falta e requerer o início do correspondente procedimento judicial, sendo absolutamente incongruente que esta autoridade possa julgar as faltas disciplinares, em especial as graves. (ROIG, 2017, p. 204)

Nos termos expostos, a adoção do procedimento judicial para a apuração e julgamento dos episódios de indisciplina prisional obstará, através de seus instrumentos formais e a dinâmica própria de limitação do poder punitivo e garantia dos direitos, os levantes ilegais, ilegítimos e/ou abusivos das incursões administrativista sobre as veredas da execução penal.

6 CONCLUSÃO

Pela análise crítica da legislação e da dogmática acerca dos elementos constitutivos da relação de poder disciplinar entre Estado e preso, o presente estudo procurou demonstrar o condicionamento da rotina intramuros e do conjunto de direitos e deveres dos reclusos pela aplicação do regime disciplinar prisional embasado de um poder repressivo-normalizador altamente discricionário. Assim, estabeleceu-se a sujeição dos presos aos comandos disciplinares da administração prisional que, objetivando precipuamente o controle e a manutenção da ordem e da disciplina das atividades e relações desenvolvidas no âmbito dos estabelecimentos prisionais, impõe uma série de restrições que muitas das vezes apresentam-se à realidade por uma série de práticas e situações que fogem aos critérios de legalidade e humanidade e violam a dignidade e a reserva de direitos dos presos.

Nesse mote, buscou-se desvelar as dinâmicas e os discursos usuais que permitem a disciplinar prisional realizar-se como potencial e efetivo espaço de abusos e ilegalidades, ao que foi possível identificar na discricionariedade e na parcialidade de suas ações a fórmula para seus trágicos efeitos. Qual seja: a imposição de mecânica disciplinar de controle e sujeição do preso, em um meio administrativo totalizante e altamente defensivista, pela qual a administração prisional, ante a ausência de efetivo meio de controle externo e a falta de parâmetros legais bem definidos quanto ao teor e os limites do poder disciplinar, pode, como efetivamente o faz, orientar livremente o conteúdo das restrições impostas aos presos e o sistema inquisitorial de punição disciplinar administrativa, assegurando que seus próprios objetivos e interesses sejam sempre cumpridos, ainda que em detrimento à dignidade e ao direito dos presos. Assim sendo, a administração prisional e seus agentes, avocando os comandos de sujeição imposta pelo sistema de disciplina prisional, utilizam-se dos mecanismos disciplinares disponíveis e da posição de poder que esse mecanismo lhe atribui, para cumprir com suas funções e pretensões oficiais e subterrâneas (ilegalidades manifestas praticadas sem escusa institucional e informadas por motivos nefastos) que, fortemente influenciada por discursos repressivo-defensivistas, corretivas, revanchistas e punitivistas, cumprem em aumentar o grau de sofrimento da pena através do incremento do âmbito de restrições e controles impostos aos presos.

Para tal afirmação o primeiro capítulo desse estudo cuidou de estabelecer, inicialmente, as bases da relação de poder, institucionais e interpessoais, estabelecidas entre o preso e o poder público com a realização das medidas coercitivas privação da liberdade e a

aplicação das normas e práticas disciplinares. Sobre o quê foi possível constatar a posição inequívoca do preso como sujeito de direitos, a quem são reservados todos os direitos não afetados pela perda de liberdade e mais uma gama de direitos prisionais específicos; e a existência de obrigações mútuas entre Estado e os presos, que, reconhecendo a situação de direitos dos presos, impõem ao primeiro o cumprimento de seu poder punitivo dentro dos parâmetros de legalidade e humanidade, e ao segundo a sujeição à ordem e aos comandos postos pelo poder público para que cumpra a privação liberdade imposta a ele dentro da rotina e segundo as regras disciplinares prescritas.

Nessa dinâmica de obrigações impostas ao preso pontuou-se que elas exsurgem tanto pela restrição manifesta no título executivo, quanto por uma série de restrições latentes estabelecidas a fim de instrumentalizar o controle e a administração dos diferentes aspectos da rotina e do comportamento dos presos, para, assim, assegurar o cumprimento ordeiro e seguro da execução penal e dos objetivos e funções postos a ela. Com isso, é possível afirmar que o aparelho de execução penal realiza-se afetando mais direitos que os manifestamente cassados pela ordem de privação da liberdade.

Seguindo o capítulo, indicou-se a disciplina prisional como sendo o principal instrumento de imposição de restrições latentes, desvelando sua mecânica de controle e normalização dos presos a partir dos estudos e proposições de M. Foucault sobre o poder disciplinar disposto, entre outros lugares, no cárcere. Nesse sentido, foi possível determinar que a disciplina prisional atualmente ocupa uma dupla função na execução penal: como meio de controle do preso e como meio de tratamento. Assim, as mecânicas de vigilância e normalização da disciplina prisional são utilizadas para assegurar a ordem e a segurança intramuros e para cobrir a função corretiva legada à execução penal pelas ideologias de ressocialização.

Concluindo o primeiro capítulo e a importância da disciplina prisional no espectro de direitos disponíveis ao preso, estabeleceu-se que o imperativo de respeito à dignidade, e aos direitos dos presos e à orientação constitucional garantista de mínima intervenção, demandam, diante da relação direta de causalidade entre o grau de restrições impostas aos presos pela disciplina prisional e o âmbito de direitos dos presos, que o controle e as restrições daquela se restrinjam ao mínimo necessário à manutenção da ordem e da segurança intramuros. Postura essa adotada ao inverso, pois influenciadas de forma desmedida pelas funções repressivas, defensivistas e corretivas, que orientam a disciplina prisional a modelo de máximo controle e restrições, sendo esse o fenômeno perquirido durante o restante do trabalho.

Seguindo o trabalho, o segundo capítulo, buscando compreender melhor a dinâmica e a prática das relações disciplinares estabelecidas no âmbito prisional, apresentou as normas e os procedimentos do regime disciplinar aplicado no estado de Minas Gerais, que são determinados pela conjunção dos dispositivos gerais da LEP, da Lei de Execução Penal do estado de Minas Gerais (Lei Estadual MG nº 11.404 de 25 de janeiro de 1994) e do regulamento disciplinar prisional posto pelo Regulamento e Normas de Procedimentos do Sistema Prisional de Minas Gerais (ReNP-MG). Nessa parte, portanto, descreveram-se os principais aspectos e dispositivos da disciplina prisional aplicada em Minas Gerais, ao que foi oportuno indicar os tipos de falta disciplinar, as espécies de sanção disciplinar, o procedimento administrativo disciplinar (PADP), as formas de concessão de benefícios e a posição de destaque e a autonomia da administração prisional na criação e aplicação da disciplina prisional, sendo o diretor da unidade prisional o grande responsável pela disciplina prisional no âmbito administrativo.

O terceiro capítulo, por sua vez, seguiu a análise central proposta pelo trabalho avaliando os efeitos dos argumentos de justiça posto pelas doutrinas de justificação externa sobre a forma como a disciplina prisional é empregada, relacionando a justeza das prescrições axiológicas propostas com os atuais valores humanitários e democráticos, especialmente ao que se refere à adequação das proscrições ao princípio meta-ético e separação entre o direito e a moral. Nesse âmbito de análise, concluiu-se que as atribuições de função positivas à pena fazem com que a disciplina prisional incline-se ao incremento do âmbito de restrições e sofrimentos perpetrados por ela como forma de efetivar a função positiva proposta. Assim: as doutrinas de prevenção geral positiva e negativa, pela influência de suas atribuições dissuasórias; e as doutrinas de prevenção especial negativa e positiva, por suas respectivas propostas neutralizadoras e corretivas; podem justificar o uso do poder disciplinar para constringir o corpo, os comportamentos e os ânimos dos indivíduos para além do necessário à manutenção da ordem e da segurança no aparelho de execução penal. Especialmente ao que se refere à doutrina de prevenção especial negativa e sua função corretiva. Problema esse não identificado na teoria agnóstica da pena que, orientada precipuamente a prevenção dos danos causados pelo aparelho punitivo estatal em todas as suas instâncias de atuação, empregaria à disciplina prisional sob a mesma lógica.

Em sequência a essa análise de legitimidade externa, foi realizado, ante o peso das ideologias ressocializadoras da pena sobre o sistema de penas brasileiro, um estudo tratando da legitimidade interna da função corretiva atribuída à pena. Momento em que se ponderou sobre a validade desse comando junto ao ordenamento jurídico brasileiro e suas disposições

principiológicas e legais, para chegar à conclusão de que aquele comando viola de forma injustificável o princípio de separação entre o direito e a moral e os diversos direitos constitucionais relacionados à liberdade interna dos indivíduos, que decorrem diretamente desse princípio, quais sejam: o direito e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art.5º, VI CRFB/88); o direito à livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV da CRFB/88); a inviolabilidade e o direito à intimidade e o respeito à vida privada (art. 5º, X da CRFB/88); o direito à liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII CRFB/88); e à garantia de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX CRFB/88).

Seguindo com a presente dissertação, passou-se, no quarto capítulo, ao desenvolvimento do hiato de legalidade observado na regulamentação da disciplina prisional, em razão da ausência de normas sobre alguns pontos e da inobservância dos critérios materiais e, no caso específico dos regulamentos disciplinares do estado de Minas Gerais (REDIPEN, REDIPRI-MG e ReNP-MG), também dos critérios formais, postos pelo princípio da legalidade e seus corolários. Com isso, observou que a LEP, justificada e elaborada à época como uma oportunidade para assentar o princípio da legalidade da execução penal, acabou falhando em cumprir essa agenda em alguns de seus institutos, como a disciplina prisional, pois utilizou-se de formulações demasiadamente gerais, indeterminadas e ambíguas que violam o princípio da taxatividade e falham em restringir o âmbito e os limites do instituto, sendo esse o caso da regulamentação da disciplina prisional, o que se observou especialmente na definição dos tipos de falta disciplinar. Ademais, a LEP relega importantes aspectos de seu conteúdo a legislação local, que, no caso do estado de Minas Gerais, respondeu a esse demanda de forma tardia e insuficiente, repetindo o mesmo erro da LEP ao não observar os critérios materiais de legalidade.

Esse conjunto de ilegalidades, concluiu-se, representa uma das principais causa para o amplo espaço de discricionariedade disponível a administração prisional no exercício de suas atribuições disciplinares, pois a indeterminação do conteúdo e dos limites da atuação disciplinar permite que os mesmos sejam estabelecidos pelo interprete da norma, no caso a administração prisional, segundo seus próprios critérios de justiça e necessidade.

Além disso, conforme se argumentou, os regulamentos de disciplina prisional padecem ainda de insuperável vício formal estabelecido em função da falta de capacidade legiferante das secretarias de Estado encarregadas da administração prisional no estado de Minas Gerais para promulgar tais regulamentos. A capacidade para tal ato em Minas Gerais é reservada a assembléia legislativa estadual, seguindo os tramites ordinários do processo

legislativo, ou ao Governador por meio de lei delegada, se devidamente autorizado pelo poder legislativo do Estado. Assim, como os últimos três regulamentos disciplinares prisionais do referido estado foram editados e assinados pelo Secretário de Estado responsável pela administração prisional, há verdadeira inconstitucionalidade formal sobre as normas disciplinares prisionais do REDIPEN, do REDIPRI-MG e do ReNP-MG.

Por fim, o quinto e último capítulo da obra, juntando todos os elementos e conclusões auferidas pelos capítulos antecessores, pontuou que o principal efeito da dinâmica disciplinar prisional é o estabelecimento de grande parte das condições que, efetivam o modelo de pena flexível imposto no Brasil e intensificam a principal característica desse modelo: a variação dos sofrimentos impostos pela pena para além do que está juridicamente estabelecido. Utilizadas tanto para corrigir/reprimir quanto para reforçar comportamentos, essas variações, avocadas sobre o pretexto de individualização para o cumprimento das diferentes funções atribuídas à pena, transformam os termos da pena em um grande objeto de negócio entre o Estado e os indivíduos presos, permitindo-se transacionar a liberdade e os direitos dos presos em um joguete disciplinar realizado primordialmente pela administração prisional. Joguete esse, conforme se construiu durante toda a dissertação, implicado na dinâmica totalizante e moralista que envolve a realização da disciplina prisional por uma administração prisional que, ante a sua postura adversária para com os presos, tende a configurar e aplicar esse instituto de forma que ele cumpra com seu interesse repressivo-defensivista de maior controle sobre os presos. Uma situação que somente por esses termos já é muito desfavorável aos presos, subjugados pela vontade e pelas determinações da administração prisional intramuros, mas que em verdade é ainda pior, pois parte da força exercida sobre os presos é revestida por um dissimulado caráter penal, que importa em verdadeira criminalização indireta de algumas condutas intramuros, efetivada por um procedimento alheio às garantias e limites impostos ao modelo tradicional de persecução penal.

Nessas condições, reconhecendo os perigos e os prejuízos da atuação disciplinar como um sistema punitivo formal paralelo a atuação jurisdicional e as garantias que ela comporta, finaliza-se o trabalho defendendo a jurisdicionalização da disciplina prisional como forma de superação dos vícios identificados em função da atuação discricionária da administração prisional e envolvimento das garantias penais e processuais penais nessa atividade que invariavelmente envolve a intervenção dos indivíduos pelo poder punitivo de estado.

Por tudo o que foi trabalhado ao longo do presente estudo, não há como negar que, independentemente do contexto em que ela se insere dentro das unidades prisionais, um mínimo de segurança é indispensável ao escorreito cumprimento da execução penal, e para

isso é imprescindível uma regulamentação disciplinar sobre as relações e rotinas da execução penal, mas essa regulamentação, ao contrário do que se observou da realidade atual, deve orientar-se precipuamente pela função democrática de respeito da condição humana e aos direitos, inclusive os dos presos. A atenção às normas de disciplina prisional é, portanto, essencial a garantia de uma execução penal humanizada e conforme com os ditames do estado democrático de direito, pois representa a linha de frente das relações entre Estado (e seus agentes) e o indivíduo submetido à execução da pena, especialmente na pena privativa de liberdade quando essas regras assumem o seu mais alto potencial construtivo ou destrutivo, dependendo de como são aplicadas, sobre o preso. O modelo atual de disciplina prisional, todavia, ante o amplo espaço de discricionariedade da administração prisional na definição e na aplicação dos preceitos disciplinares, padece, como se fez notar, com a falta daquela função democrática (sobrepujada pelas funções corretiva e defensivista) e se organiza em sistema corrompido que só faz aumentar a quantidade e a intensidade de sofrimentos ilegítimos e desnecessários suportados pelos indivíduos, seja pelos vícios de legalidade das normas disciplinares, pela ausência de efetivo meio de controle externo, e, não se pode esquecer, das condições estruturais periclitantes do sistema carcerário brasileiro.

Não há solução fácil entre a garantia dos direito do preso e promoção de uma execução penal segura, ainda mais no caos carcerário instituído no Brasil, todavia, não há como sustentar esse sistema de ampla discricionariedade da administração pública ante os problemas apresentados ao longo do trabalho.

7 BIBLIOGRAFIA

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

ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. – Rio de Janeiro: Aide Ed.,1993.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Felipe Lima de. *Reflexões acerca do Direito de Execução Penal*. In: Revista Liberdades, set./dez., 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=210>; acessado em 13/01/2017.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma pequena história das medidas de segurança*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

Anais.../*Seminário Internacional O sistema Penitenciário Brasileiro e o Trabalho do Preso/Recuperando: Dilemas, Alternativas e Perspectivas*, - Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/publico/Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf >. Acessado em 22/04/2017.

ARENAL, Concepcíon. *Estudios penitenciários.* Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877.

ARGENTINA. Ley Nacional 24.660. Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Sancionada em 19 de junho de 1996. Promulgada em 8 de julho de 1996. Disponível em: < http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm >. Acessado em: 03/05/2017.

AROCENA, Gustavo Alberto. *La ejecución penitenciaria en el ordenamiento jurídico argentino. Princípios básicos*. In: Teoría y prática de los derechos fundamentales en las prisiones. Buenos Aires [Argentina] : BdeF, 2010. p.111-161.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. Resolução 70/175. *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)*. 17 de dezembro de 2015. p. 5. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/175>; acessado em: 07/08/2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. - 12. ed. ampl.- São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades*. In: Penas restritivas de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza. A questão penitenciária no Brazil. Rio de Janeiro: Typ. de J. D. de Oliveira, 1881.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>. Acesso em: 31/01/2017.

BARATTA, Alessandro. "*La vida y el laboratório del Derecho: a propósito de La imputación de responsabilidade em el proceso penal*". Doxa. N. 05 (1988). ISSN 0214-8876, pp. 275-295.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* ; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011.

BARBOSA, Licinio. *Direitos, garantias e deveres de presos*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigoshomenagem/arquivo3.pdf>; acessado em: 04/05/2017.

BARRETO, Tobias. *O fundamento do direito de punir*. In: Estudos de Direito. BARRETO, Tobias. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional brasileiro)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar./abr./mai., 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. *Estado social e democrático de direito e jurisdição penitenciária: um novo paradigma da execução da pena privativa de liberdade.* In: Verba Juris ano 4, n. 4, jan./dez. 2005. p. 223-252 Disponível em: http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14819/8380. Acessado em: 05/03/2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. – 11. ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas* / trad. Torrieri Guimarães. – 2. ed. 10. reimpressão – São Paulo: Martin Claret, 2009.

BEIRAS, Iñaki Rivera e SALT, Marcos Gabriel. *Los derechos fundamentales de los reclusos*: *España e Argentina*.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *La Cuestión carcelaria: história, epistemologia, derecho y política penitenciária*. – 2. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del puerto, 2009.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de um ciudadanode segunda categoria*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.Barcelona, 1997.

BENELLI, Silvio José. *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas* [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. –São Paulo : Saraiva 1996.

BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e Tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Cultura, 1943.

BETTIOL, Giuseppe. *O mito da reeducação*. In: Revista brasileira de criminologia e direito penal. - Rio de Janeiro, Ano II, n. 6, jul-set, 1964. p. 5-17.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica / trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. – 4. ed. revista – Bauru, SP : EDIPRO, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. - trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio De Cicco – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BRANT, Vinícius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar ; n. 384)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos* /Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files /conteudo/arquivo/2016/05/39ae 8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>; acessado em 14/02/2017.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Publicado no diário oficial da União de 09 de novembro de 1992, p. 15562.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 - *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Publicada no Diário Oficial da União – Seção 1 – 07 de julho de 1992, p. 8716. Disponível em: < http://www.plana lto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>; acessado em: 15/05/2017.

BRASIL. *Decreto º 6.049, de 27 de Fevereiro de 2007 – Aprova o Regulamento Penitenciário Federal*. Publicado no Diário Oficial da União, Nº 40-A, quarta-feira, 28 de fevereiro de 2007, p. 3. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa /jsp/visualiza/index.jsp?data=28/02/2007&jornal=1000&pagina=3&totalArquivos=4>; acessado em 27/01/2017.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei º 7.210 de 11 de julho de 1984 – Institui a Lei de Execução Penal*. Publicada no Diário do Congresso Nacional - seção 1 - suplemento B – 1º de julho de 1983, p. 17.

BRASIL. *Lei nº 3.274, de 2 de Outubro de 1957 – Dispõe sôbre Normas Gerais do Regime Penitenciário, em conformidade do que estatui o art. 5º, n.º XV, letra b, da Constituição Federal e amplia as atribuições da Inspetora Geral Penitenciária*. (Revogada pela Lei nº 7.210, de 1984). Publicada no Diário Oficial da União – Seção 1 – 3 de outubro de 1957, p. 23149. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3274.htm>; acessado em 27/01/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Agravo Regimental no Habeas Corpus n.71.761/SP*. Relator: GALLOTTI, Paulo. Publicado no DJe de 22/04/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200 602685188&dt_publicacao=22/04/2008>; acessado em: 01/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 533. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado*. DJe 15/06/2015 - RSTJ vol. 243 p. 1073. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=sumula+533&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>; acessado em: 15/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF – ADPF 374* -. Rel. Min. Marco Aurélio de Melo. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>; acessado em 02/03/2017.

BREMAUNTZ, Emma Mendoza. *Derecho penitenciário*. México: McGraw Hill, 1998.

BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo*. *In:* Crítica à execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p.293-303.

CACICEDO, Patrick Lemos. *O princípio da Less Eligibility,a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores*. In: R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306 - 316, jan - fev. 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_306.pdf>; acessado em 16/03/2017.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra; Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários: a alma do condemnado, o regimen celullar*. Rio de Janeiro : ed. H. Velho, 1930.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. – São Paulo: Vida Livros, 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. -. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. *O regime disciplina diferenciado: notas críticas a reforma à reforma do sistema punitivo brasileiro*. *In:* Crítica à

execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 269-281.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*. – 3. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da Pena: Entre supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In: Crítica à execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 03-28.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *O suplício de Tântalo: a Lei nº 10.792/03 e a Consolidação da Política Criminal do Terror*. Baletim IBCCrim, n. 134, ano 11, jan. 2004.

CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos presos*. In: Direito dos presos / Heleno Cláudio Fragoso, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CHAVES, João. *Sciência Penitenciária.* Lisboa : Classica editora, 1912.

CHIES, Luiz Antonio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão : a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade* / Luiz Antonio Bogo Chies. - São Paulo : Método : IBCCRIM, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. – 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão - Doc. das Nações Unidas n. [8] 43/173 de 9 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-princípios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>; acessado em: 15/05/2017.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>; acessado em: 15/05/2017.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. - 33. ed. - São Paulo: Ed. Medeiros, 2010.

DELMANTO, Roberto. *Regime disciplinar diferenciado ou pena cruel?*. Boltim IBCCrim, n. 134, ano 11, jan. 2004.

DERZI, Misabel Machado. *Direito Tributário, direito penal e tipo*. São Paulo : RT, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel; REALE JÚNIOR, Miguel; TOLEDO, Francisco de Assis; SCHECAIRA, Sérgio Salomão; AZEVEDO, David Teixeira; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Penas restritivas de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. *O princípio da legalidade e suas implicações na hermenêutica penal*. In: Revista Eletrônica de Direito Penal - UERJ, v. 02, n. 01, 2014. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14322/10858; acessado em 06/03/2017.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

ESPANHA. *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*. Publicado en Boletín oficial del estado - n. 239, de 5 de octubre de 1979, p. 23180 a 23186. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-23708>; acessado em: 26/05/2017.

ESTEFAM, André. *Direito penal - volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica e reforma constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 90, 1995.

FARIA, Maria Auxiliadora de. *Diálogo com o tempo: 170 anos do Legislativo Mineiro*. – Belo Horizonte: Assembléia do Estado de Minas Gerais, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. –Campinas :Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. - 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. – 3. ed. rev. - São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revistados Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. Tradução de Migue Carbonell. In: Cuestiones Constitucionales, n. 15, jul-dez, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação*. – 6. ed. – São Paulo : Atlas, 2008.

FERRAZ, Devienne. *Execução penal – visão do TACrimSP*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Alfredo Engelmann. MARTINS, Ana Paula Brito. MARTINS, Bruno Ancelmo. DA ROSA, Leandro Alfredo. *Direitos e deveres dos condenados na sistemática de execução penal instituída pelo arcabouço legal pátrio: uma análise da observância de tais disposições no dia-à-dia dos apenados do presídio santa augusta*. In: Revista Iniciação Científica, v. 10, n. 1, 2012, Criciúma, Santa Catarina. Disponível em: < http://periodicos. unesc.net/iniciacaocientifica/article/viewFile/1606/1518 >. Acessado em: 04/03/2017.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*; organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. - 26. ed.- São Paulo: Graal, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. trad. Raquel Ramalhete. – 37. ed.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FOX, Berry M. *The first amendment rights of prisoners*. Journal of Criminal Law and Criminology - v. 63, nº 2, 1972. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5783&context=jclc>; acessado em: 14/03/2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa da liberdade*. In: Revista de Direito Penal, n.º 29, p. 5 a 17.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos – os problemas de um mundo sem lei*. In: Direito dos presos / Heleno Cláudio Fragoso, Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos – notas sobre a Lei nº 8.072/90*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GIAMBERARDINO, Andre; PAVARINI, Massimo. *Teoria da Pena e Execução Penal - Uma Introdução Crítica* – 2ª ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2012.

GIMENO, José Adelantado. *Disciplina social y organización interna de la cárcel. Síntesis del estudio de una prisión catalana*. In: Papers: revista de sociologia, N. 39 (1992) p. 77-100, ISSN 0210-2862. Acessado em: http://ddd.uab.cat/record/51540; no dia 06/01/2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2012.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo de execução e direito de defesa*. In: Revista de informação legislativa, v. 15, n. 59, p. 53-62, jul./set., 1978. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181144>; acesso: 12/01/2017.

GUINDANI, Miriam Krenziger A. *Tratamento penal: a dialética do instituído e do instituinte*. *In:* Crítica à execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 175-188.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimento*. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos : Ad Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. México : INACIPE, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Prevención en el derecho penal*. In: Prevencion y teoría de la pena. Org: Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Editora Jurídica ConoSur Ltda., 1995. p. 93- 117.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a La Criminología y AL Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

HASSEN, Maria de Nazareth Agra. *O trabalho e os dias: ensaio antropológico sobre o trabalho, crime e prisão*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 1999.

HERMAN, Michele. *Prisoner´s right sourcebook: theory, litigation, practice*. Nova York : Clerk Boardman Co., 1973.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal - volume 1: parte geral*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTIÇA, Conselho Nacional De. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Data de acesso: 18 de dez. 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. – São Paulo : Almedina, 2011.

KING, Roy. *Revisão histórica dos programas de trabalho encarcerado na Inglaterra*. In: Anais /Seminário Internacional O sistema Penitenciário Brasileiro e o Trabalho do Preso/Recuperando: Dilemas, Alternativas e Perspectivas, - Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2002.

KOERNER, Andrei. *Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX*. Lua Nova, 2006, n.68, p.205-242. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ln/n68/a08n68.pdf>. Acessado em: 05/05/2017.

KRANZ, Sheldon et al. *Model Rules and regulations on prisoner´s rights and responsabilities*. St. Paul : West Publishing Co., 1973.

KUEHNE, Maurício. *Doutrina e prática da execução penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

LOÏQ, Wacquant. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução: Sérgio Lamarão. – 3. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro : Revan, 2007.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* – 9. ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LUDER, Italo Argentino. *El sistema jurídico de La ejecución penal*. Collección Cuádernos de Criminologia. Núm. 6. Buenos Aires, 1959.

LYRA, Roberto. *Justificação do anteprojeto de código das execuções penais*. In: Revista brasileira de criminologia e direito penal. – ano I (nova fase), n. 2, jul. a set. – 1963, p. 03-54.

MARAT, Jean-Paul. *Plano de legislação criminal.* Tradução: João Ibaixe Jr. E Carmensita Ibaixe – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. – 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 12.654/2012 (identificação compulsória do perfil genético) – São Paulo : Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal anotada e interpretada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins. *Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*. - 1. ed. - Curitiba: Juruá, 2008.

MARTÍN, Ricardo M. Mata y. *El Princípio De Legalidad En El Ámbito Penitenciario.* In: Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá, IV, 2011, p. 253-293. Disponível em: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9855/princípio_mata_AFDUA_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; acessado em 05/03/2017.

MATHIESEN, Thomas. *"La Polític Del Abolicionismo",* in Abolicionismo. Scheerer, Sebastian ET AL. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. - 35. ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELERO, Montserrat López. *Evolución De Los Sistemas Penitenciarios y de la Ejecución Penal*. In: Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá, V, 2012, p. 401-448. Disponível em: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/13803/evolucion_lopez_AFDUA_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em: 05/05/2017.

MELOSSI, Darío. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de janeiro : Revan, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Da obrigatoriedade do trabalho do condenado* [manuscrito] / Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientação: Sheila Jorge Selim de Sales. 2004.

MESQUITA Jr., Sídio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MÉXICO. *Ley Nacional de ejecución penal*. Publicada no Diario Oficial –edición vespertina – jueves, de 16 de junio de 2016. Disponível em: < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnep/LNEP_orig_16jun16.pdf>; acessado em: 24/05/2017.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. — 17. ed. — Belo Horizonte : Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016.

MINAS GERAIS. *Decreto Nº 20.458, de 27 de Março de 1980 - Contém o regulamento da execução das sanções penais*. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 28 de Março de 1980, p. 07. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=20458&comp=&ano=1980>, acessado em 05/01/2017.

MINAS GERAIS. *Decreto Nº 28.330, de 06 de Julho de 1988 - Dispõe sobre a Secretaria de Estado da Justiça e dá outras providências.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 07 de Julho de 1988, p. 04. Disponível em:<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=28330&comp=&ano=1988 >, acessado em 09/01/2017.

MINAS GERAIS. *Decreto nº 34.897 de 30 de Agosto de 1993 – Cria estabelecimentos penitenciários na estrutura da Secretaria de Estado da Justiça e dá outras*

providências. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo – Ano CI; nº 165- Belo Horizonte, terça-feira, 31 de Agosto de 1993, p.05-08.

MINAS GERAIS. *Decreto Nº 45.536, de 27 de Janeiro de 2011 - Dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 28 de Janeiro de 2011, p. 01. Disponível em: < http://www.almg.gov.br /consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45536&comp=&ano=2011 >, acessado em 10/01/2017.

MINAS GERAIS. Decreto Nº 47.087, de 23 de novembro de 2016 - Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Administração Prisional. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 24 de novembro de 2016, p. 01.

MINAS GERAIS. *Lei 11.404 de 25 de Janeiro de 1994 – Contém normas de execução penal*. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 26 de Janeiro de 1994, p. 01. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/ consulte/legi slacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num= 11404&ano=1994>, acessado em 04/01/2017.

MINAS GERAIS. *Lei Delegada Nº 56, de 29 de Janeiro de 2003 - Dispõe sobre a Secretaria de Estado de Defesa Social e dá outras providências.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 30 de Janeiro de 2003, p. 04. Disponível em: < http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa .html?tipo =LDL&num=56&comp=&ano=2003>, acessado em 09/01/2017.

MINAS GERAIS. *Lei nº 11.118 de 30 de junho de 1993 – Cria estabelecimentos penitenciários na estrutura da Secretaria de Estado da Justiça e dá outras providências*. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo – Ano CI - Belo Horizonte, 01 de julho de 1993, p.1.

MINAS GERAIS. *Lei Nº 11.404 de 25 de Janeiro de 1994 – Contém normas de execução penal.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 26 de Janeiro de 1994, p. 01.

MINAS GERAIS. *Resolução N° 1.605, de 03 de Maio de 2016 - Dispõe sobre a implantação e funcionamento da Comissão da Qualidade Prisional e aprova documentos que regulamentam as atividades de rotina das áreas de segurança e atendimento das Unidades Prisionais subordinadas à Subsecretaria de Administração Prisional.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo – Ano 124; nº 84 - Belo Horizonte, terça-feira, 10 de maio de 2016, p.12-13.

MINAS GERAIS. *Resolução N° 1605, de 03 de Maio de 2016 - Dispõe sobre a implantação e funcionamento da Comissão da Qualidade Prisional e aprova documentos que regulamentam as atividades de rotina das áreas de segurança e atendimento das Unidades Prisionais subordinadas à Subsecretaria de Administração Prisional.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo – Ano 124; nº 84 - Belo Horizonte, terça-feira, 10 de maio de 2016, p.12-13. Disponível em: <http://www.seds.mg.gov.br/images /seds_docs/suapi/Regulamento%20e%20Normas%20de%20Procedimentos%20do%20Sistem a%20Prisional%20de%20Minas%20Gerais%2028.pdf>; acessado em 04/01/2017.

MINAS GERAIS. *Resolução N° 495, de 25 de Agosto de 1993 – Aprova o Regulamento Disciplinar Penitenciário.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo – Ano CI; nº 165- Belo Horizonte, terça-feira, 31 de Agosto de 1993, p.12-13.

MINAS GERAIS. *Resolução N° 495, de 25 de Agosto de 1993 – Aprova o Regulamento Disciplinar Penitenciário*. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo – Ano CI; nº 165- Belo Horizonte, terça-feira, 31 de Agosto de 1993, p.12-13.

MINAS GERAIS. *Resolução N° 742, de 10 de Março de 2004 – Aprova o Regulamento Disciplinar Penitenciário do Estado de Minas Gerais.* Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, Caderno 01. Diário do Executivo, Legislativo e Publicações de Terceiros –Ano CXII; nº 46- Belo Horizonte, quinta-feira, 11 de Março de 2004, p.05-06. Disponível em: <http://www.seds.mg.gov.br/images/seds_docs/ legislacao/resolucao_742 _04.pdf>; acessado em 04/01/2017.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Código penitenciário tipo para a America latina*. In: Revista de informação legislativa, v. 11, n. 44, p. 103-118, out./dez. 1974. Disponível em: < http://www2.sen ado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180865/000352807.pdf?sequence=1>; acesso: 26/01/2017.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: ed. Saraiva, 1975.

MIOTTO, Armida Bergamini. *O pessoal das prisões e dos presos*. In: Revista de informação legislativa, v. 23, n. 90, p. 361-372, abr./jun., 1986a. Disponível em: < http://ww w2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181705/000425219.pdf?sequence=3>; acesso: 26/01/2017.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: RT, 1992.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Vigiar ou ajudar os presos?*. In: Revista de informação legislativa, v. 23, n. 91, p. 399-406, jul./set., 1986b. Disponível em: < http://www2.senado .leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181690/000424678.pdf?sequence=3>; acesso: 26/01/2017.

MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democrático de derecho*. - 2. ed. – Barcelona: BOSCH, 1982.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. – 9. ed. – Revisada e atualizada – São Paulo: Atlas, 2000.

MOCCIA, Sérgio. *El derecho penal entre ser y valor. Función de la penal y sistemática teleológica.* Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: IBDF, 2008.

MONTSERRAT, López Melero. *Los derechos fundamentales de los presos y su reinsercción social*. Tese de doutorado apresentado a Universidad de Alcalá - Departamento de Fundamentos de Derecho y Derecho Penal – 2011. Disponível em: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/14401/TESIS%20LOPEZ%20MELERO. pdf?sequence=1&isAllowed=y; acessado em: 13/09/2016.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da prisão no Brasil.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal*. *In:* Crítica à execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 283-292.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena privativa de liberdade.* São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentário à Lei de Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva , 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. – 6. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal* – 7. ed. rev. ampli. atual. De acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo : Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 2. ed. Santa Catarina: Editora da UFSC, 1996.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto alegre: Safe, 1989.

PASTOUREAU, Michel. *O pano do Diabo*. Trad. L. Magalhães. Rio de Janeiro : ed. Zahar, 1993.

PAUL, Wolf. *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*. In: Prevencion y teoría de la pena. Org: Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Editora Jurídica ConoSur Ltda., 1995. p. 59- 72.

PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena: uma introdução crítica*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEDROSO, Regina Célia. *Utopias Penitenciárias Projetos Jurídicos E Realidade Carcerária No Brasil*. In: Revista de História nº 136, 1997, p. 121-137. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/18816/20879

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crime e Pena: Problemas Contemporâneos*. Revista de Direito Penal, v. 28, p. 53-70, jul./dez. 1979.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1983

PIRES, Ariosvaldo de Campos (colaboração e atualização de Sheila J. Selim de Sales). *Compêndio de direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

PRADO, Amaurí Renó do. *Processo e execução penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

PRIGOGINE, Ilya. *El nacimiento del tiempo.* Barcelona: Tusquets Editores, 1991.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11112011-112357/publico/tese_completa_rmrq.pdf >; acessado em 10/03/2017.

RAMALHO, José Ricardo. *Mundo do crime: a ordem pelo avesso* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. *La prision*. Fondo de Cultura Económica, UNAM. Instituto de Investigaciones luridicas, México, 1975.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos – 1955 – Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Disponível

em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html >; acessado em: 15/05/2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. A "administracionalização" da execução penal. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21, p. 271, 2006. Acessado em: http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/ site/Upload/RD-21-2006-270.PDF ; no dia: 13/01/2017

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

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal : teoria crítica*. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. *A proteção de bensjurídicos como função do Direito penal.* org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre : Livraria do Advogado ed., 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.* Madrid: ed. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal* / Claus Roxin; tradução de Luís Greco— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. - 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Luiz Carlos Resende e. *APAC: muito mais do que humanização das prisões. In:* Amagis Jurídica - Associação dos Magistrados Mineiros. Ano II – Número 3 – jan./jun. de 2010.

SANTOS, Paulo Fernando dos. *Aspectos Práticos de Execução Penal*. São Paulo : Leud, 1998.

SANTOS, Paulo Fernando dos. *Lei de execução penal*. São Paulo : Leud, 1999.

SBRICCOLI, Mario. *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergeance de la question pénale*. In: SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto penale e della giustizia. 2 vol. Milano: Giuffrè, 2009.

SBRICCOLI, Mario. *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergeance de la question pénale*. In: PORRET, Michel (org.). Beccaria et la culture juridique des Lumières – trad. Ricardo Sontag. Genève: Droz, 1997.

SCHMIDT, Andrei Zenkber. *A crise de legalidade na execução penal*. *In:* Crítica à execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 29-76.

SCHMIDT, Andrei Zenkber. *Direitos, deveres e disciplina na execução penal*. *In:* Crítica à execução penal. – 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com Lei n. 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 207-268.

SIEBER, Ulrich. *Limites do direito penal – princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal do instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional.* Cadernos de Direito GV, São Paulo, v. 5, n. 3, maio, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Jane Ribeiro. (Org.). *A execução penal à luz do método apac*. - 1ªed. - Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

STIPPEL, Jörg. *Acceso a la Justicia en Materia Penitenciaria: "Una deuda pendiente y un desafío para el futuro"*. Disponível em: <https://www.oas.org/dsp/documentos/ministerial/pres%20Stippel%20esp-CE00379S04.pdf >. Acessado em: 03/05/2017.

STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago, LOM Ediciones, 2013.

TARELLO, Giovanni. *O problema penal no século XVIII*. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). História do direito penal entre medievo e modernidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien Jurídico y función en Derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

TEIXEIRA, Caroline Köhler. JOHANN JÚNIOR, Renê Beckmann. *O procedimento administrativo para apuração de faltas disciplinares no curso da execução penal em Santa Catarina*. 38p. Disponível em: < http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/publicacoes/artigos/doc_download/515-artigo-o-procedimento-administrativo-para-apuracao-de-faltas-discipl

inares-no-curso-da-execucao-penal-em-santa-catarina-caroline-k-t-e-rene-b-j-j>; Acessado em 29/06/2017.

The Attica Liberation Faction Manifesto of Demands. In: Race & Class, vol. 53, 2: pp. 28-35. First Published September 12, 2011. Disponível em: <http://journals.sagepub.com /doi/pdf/10.1177/0306396811414338>; acessado em 12/07/2017.

THOMPSON, Augusto. *A Questão penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

TJADER, Ricardo Luiz da Costa. *As garantias individuais e a Regressão de regime de pena*. *In* Revista da Ajuris. Ano XXI. –n. 61 – Julho/ 1994. Disponível em: < http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/533ca/53bc5/540bc?f=templates&fn =document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS61PG349>; acessado em 12/02/2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLE, Carlos Henrique Moreira do. *Cumprimento de penas privativas de liberdade em meio aberto e a ausência de vagas em casa de albergado: um estudo sobre a situação vivida no estado de Minas Gerais. In:* Amagis Jurídica - Associação dos Magistrados Mineiros. Ano II – Número 3 – jan./jun. de 2010.

VARGAS. José Cirilo. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, tomo I, 1997.

VIANNA, Túlio. *Efetivar o Estado laico*. Fórum. São Paulo (SP), nº 92, nov. 2010. p.20 – 22. (disponível em www.tuliovianna.org).

VIANNA, Túlio. *O direito ao próprio corpo*. Fórum. São Paulo (SP), nº 106, jan. 2012,p. 18 - 19. (disponível em www.tuliovianna.org).

VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Tese (doutorado) - Orientador : Jacinto Nelson de Miranda Coutinho - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5281/VIANNA,%20T%C3%83%C2%BA lio%20Lima%20-%20Tese%20doutorado%20em%20Direito%20UFPR.pdf?sequence=1>; acessado em 04/05/2017.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. *A inconstitucionalidades da condutasocial e personalidade do agente como critérios de fixação da pena.*, in Anuário de Derecho constitucional Latinoamericano, v. 14, p. 305-323, 2008. (disponível em www.tuliovianna.org).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1 : parte geral*. – 8. ed. ver.atual. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "*Sentido y Justificación de La Pena",* in Jornadas sobre sistema Penitenciário y Derecos Humanos. Freixas, Eugenio & Pierini, Alicia (dir.). Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*.Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina*. p.63-74. Argentina: Editorial Juris, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. – 5. ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Tradução de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Qué Hacer com la Pena? Las Alternativas a La Prisión* (conferência). Ciudad de México, La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aporte y experiencias, julho, 1993.

ZIMBARDO, Phillip. *The Lucifer Effect: understanding how good people turn evil*. New York: Random House, 2007.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Livramento condicional e prática de execução penal*. São Paulo: Edipro, 2001.