



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO
GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

MARA LÚCIA DA SILVA BEZERRA

TEORIA DO GARANTISMO
APLICAÇÃO À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

NATAL / RN
2012

MARA LÚCIA DA SILVA BEZERRA

TEORIA DO GARANTISMO
APLICAÇÃO À EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN, como requisito parcial para obtenção de título de Pós-graduado “lato sensu” em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Profº Dr. LUCIANO NASCIMENTO SILVA

NATAL / RN
2012

*É com carinho que dedico este
trabalho ao Prof. Luciano
Nascimento e a minha mãe, Maria
Lúcia Silva Bezerra.*

AGRADECIMENTOS

Mais uma etapa agora é finalizada, a da pós-graduação!!! Mais um degrau, rumo ao aprimoramento pessoal e profissional. Escada que nunca tem fim, e que com prazer é galgada, com calma e dedicação à cada opção escolhida.

Tanto há a agradecer... À Universidade Federal do Rio Grande do Norte, onde cursei minhas duas graduações (Ciência da Computação e Direito), por receber-me acolhedoramente em suas salas e permitir-me crescer e embevecer-me com o ensinamento dos seus tão excelentes professores. Magnífica instituição, digna de toda honra e reconhecimento dos potiguares.

À FARN, nova instituição em minha vida, que apresentou outros conceitos e formas diferentes de ensino superior e especializações, que agora junto comigo protagoniza a conclusão desta etapa.

Em especial, ao professor Luciano Nascimento, meu orientador neste trabalho, por sua simplicidade que demonstra que o saber não precisa ser sinônimo de arrogância. Obrigada, Luciano!!!

Aos meus colegas de trabalho, no Fisco Estadual do RN, pelo apoio e pelas discussões que enriquecem meu dia a dia e me estimulam a continuar o aprendizado contínuo.

Aos colegas da FARN, que com realidades e experiências tão distintas mudaram minha visão de mundo.

À Cecília Pordeus, sempre presente em cada estudo, em cada trabalho, em cada prova. Obrigada, Cê!!!

À minha família, em especial à minha mãe, incansável nos cuidados, no carinho e no suporte em toda logística necessária para que eu possa ir em busca dos meus desafios. Cada vitória minha não é só minha, mas é muito dela, dessa mulher especial, forte na maior dimensão que essa palavra possa ter. Obrigada, mãe!!! Te amo demais!

À Deus agradeço o dom da vida, a permissão para respirar a cada dia, as lutas que me deu, por que me fizeram mais forte. “Se o Senhor não edificar a casa, em vão trabalham os que a edificam” (Salmos, 127:1). Fortalecida nesta premissa, sigo meu caminho em paz.

“ O garantismo é um modelo ideal ao qual a realidade pode mais ou menos se aproximar. Como modelo representa uma meta que permanece tal mesmo quando não é alcançada, e não pode ser nunca, de todo, alcançada.

[...]

Paradoxalmente chega a conclusão de que mesmo o mais perfeito sistema garantista não pode encontrar em si mesmo a própria garantia, e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que ainda que normativamente declarados não são sempre efetivamente protegidos. “

Noberto Bobbio
Turim, junho de 1989.

RESUMO

O presente trabalho demonstra como podem ser aplicados à execução penal os preceitos garantistas, de forma que sejam assegurados os princípios e garantias fundamentais a todos os indivíduos, sem distinção, ainda que apenados no cumprimento de sua sentença. Descreve o conceito de garantismo penal a partir das idéias de Ferrajoli, enfoca sob a perspectiva garantista importantes princípios aplicados à execução penal: Princípio da Legalidade (Estricta Legalidade ou Reserva Legal), Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Humanidade, Princípio da Isonomia, Princípio do Devido Processo Legal e Princípio da Intervenção Mínima. E sob esta ótica também analisa alguns institutos da execução penal, apontando quais são adequados e quais se apresentam em dissonância com o garantismo. Verifica a conformidade da legislação pátria aos preceitos garantistas e através de um caso concreto, a situação dos presídios femininos brasileiros, trás um exemplo de afronta à teoria, além de apresentar alguns exemplos jurisprudenciais de aplicação correta dos ditames garantistas.

PALAVRAS CHAVES: Teoria. Garantismo Penal. Princípios Constitucionais. Execução Penal. Caso Concreto. Presídios Femininos.

ABSTRACT

The current paper demonstrates how guarantism regulations can be applied to penal executions, so that fundamental principles and guarantees are assured to all individuals without distinction, even prisoners who are serving their sentences. It describes the concept of guarantism from the ideas of Ferrajoli, who focuses important principles applied to penal execution: Principle of Legality (Strict legality or Legal Reserve), Principle of Proportionality, Principle of Humanity, Principle of Isonomy, Principle of Due Process of Law and Principle of Minimal Intervention. From that very point of view also analysis some institutes of country's legislation this pointing which ones are adequate and which ones present some dissonance to guarantism. It also verifies the conformity of country's legislation to guarantism precepts through the study of a concrete case- the situation of brazilian female prisons, an example which affronts theory, besides presenting a few legal examples of the correct application of guarantistic dictates.

KEY WORDS: Theory. Penal Guarantism. Constitutional Principles. Penal Execution. Concrete Case. Female Prisons.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	01
2. INDAGAÇÃO FUNDAMENTAL: O QUE É O GARANTISMO PENAL?.....	02
3. A EXECUÇÃO PENAL SOB À PERSPECTIVA DO GARANTISMO PENAL.	05
4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À EXECUÇÃO PENAL À LUZ DO GARANTISMO PENAL.....	10
4.1 Princípio da Legalidade Criminal (Estrita Legalidade ou Reserva legal).....	10
4.2 Princípio da Proporcionalidade.....	11
4.3 Princípio da Humanidade.....	12
4.4 Princípio da Isonomia.....	13
4.5 Princípio do Devido Processo Legal.....	14
4.6 Princípio da Intervenção Mínima.....	14
4.7Outros Princípios Importantes na Execução Penal.....	15
5. NEGAÇÃO DO GARANTISMO PENAL (CASO CONCRETO): OS PRESÍDIOS FEMININOS BRASILEIROS.....	16
6. TEMAS DA EXECUÇÃO PENAL SOB À ÓTICA DO GARANTISMO PENAL.....	19
6.1 Progressão de Regime.....	19
6.2 Livramento Condicional.....	20
6.3 Medida de Segurança	22
6.4 Prisão Domiciliar.....	23
6.5 Processo Administrativo Disciplinar.....	24
7 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	26
REFERÊNCIAS.....	27

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Teoria do Garantismo, de Ferrajoli, doutrinador italiano, afirma que o poder punitivo e sancionador do Estado não pode se sobrepor aos direitos individuais do cidadão, e vem influenciando, de maneira significativa, os ordenamentos jurídicos de diversos países, cujas constituições são elaboradas sobre as bases garantistas, a exemplo da italiana e da brasileira.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como Constituição Cidadã pelo fato de elencar uma série de direitos e garantias fundamentais que têm o objetivo precípuo de assegurar a dignidade de todos a quem se destina. No entanto, é sabido que diuturnamente esses direitos fundamentais são desrespeitados pelo próprio Estado, que ao exercer sua “potestade punitiva” não observa os limites que a Constituição lhe impõe.

Assim, é de suma importância que sejam encontradas maneiras de se preservar a prerrogativa estatal de dizer o Direito e executar sua vertente punitiva, ao mesmo tempo em que seja assegurado aos apenados o respeito aos seus direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

O objetivo deste trabalho é mostrar que existem, sim, maneiras de se aplicar os diversos instrumentos da Execução Penal de forma que não violem, na medida do possível, os preceitos fundamentais da Constituição Federal, que assegura a todos o direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à saúde e à honra, entre tantos outros.

Neste intuito, através de uma revisão na literatura existente sobre o assunto, discutem-se as linhas básicas da Teoria Garantista em sua aplicação à Execução Penal. A partir do conceito de Garantismo, são analisados importantes princípios constitucionais aplicados à Execução Penal e alguns institutos que fazem parte de sua dinâmica. Além disso, é demonstrado um caso concreto de afronta à Teoria Garantista e são elencados exemplos jurisprudenciais sobre a correta aplicação da teoria à Execução Penal.

Demonstrar a importância de se observar os preceitos garantistas na Execução Penal, a fim de que se alcance o verdadeiro Estado Democrático de Direito: este é o objetivo que se espera ver alcançado na consecução deste trabalho.

2. INDAGAÇÃO FUNDAMENTAL- O QUE É O GARANTISMO PENAL?

O modelo penal garantista definido por Ferrajoli (2006, p. 785) trás um “parâmetro de racionalidade, de justiça e legitimidade da intervenção punitiva” aos ordenamentos jurídicos desenvolvidos sobre suas bases, e está presente em diversas Constituições contemporâneas, a exemplo da italiana e da brasileira. No entanto, tem sido desconsiderado pelas legislações ordinárias, pela jurisdição e pelas práticas administrativas. Como um modelo constitucional abstrato, o garantismo encontra dificuldades de ser assimilado pelas instâncias inferiores da prática jurídica.

A fim de mitigar essas divergências, podem ser aplicados ao termo garantismo três significados. Num primeiro momento, segundo Ferrajoli, garantismo significa:

Um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2006, p. 785-786).

Em outras palavras, garantista é o sistema normativo penal que procura aplicar a sanção de forma a preservar os direitos fundamentais do cidadão, previstos constitucionalmente, quais sejam, o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, à segurança, entre outros previstos no art. 5º CF/88, no caso brasileiro, além de diversos outros de aplicação específica ao apenado, tanto na condição de investigado como na de condenado. O Estado sofre uma limitação garantista ao seu poder de criar e aplicar o direito, sendo obrigado a respeitar as garantias por ele definidas na Constituição.

Um segundo significado apresenta o garantismo como uma teoria jurídica de validade e de efetividade, buscando aproximar estes conceitos, embora considere que são distintos. O garantismo procura valorar os aspectos formais e substanciais do direito, que são pressupostos de uma norma jurídica válida. Assim, partindo-se do conceito de direitos fundamentais, uma norma será válida se estiver em consonância com ele, na nova concepção de validade trazida por Ferrajoli.

No entanto, uma norma jurídica pode ser válida e não ter eficácia, ou vice-versa, possuir efetividade sem validade. Então, surge o conceito de graus de garantismo, que podem ser medidos em função da relação normatividade/efetividade do direito, mostrando o coeficiente de aplicabilidade da teoria garantista em determinado ordenamento jurídico.

De acordo com o seu terceiro significado, “«garantismo» designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (FERRAJOLI, 2006, p. 787). Portanto, a legitimidade dos ditames garantistas é de origem ético-política, externa ao ordenamento jurídico. Pressupõe o garantismo a separação entre direito e moral, entre o ser e o dever-ser, e coloca nos elementos políticos o fundamento de suas normas jurídicas.

Desses três significados se extrai os elementos de uma teoria geral do garantismo: a vinculação do poder público ao Estado de direito; a distinção entre validade e eficácia da norma jurídica aliada à ilegitimidade das práticas jurídicas e administrativas inferiores; a diferença entre o ético-político (ponto de vista externo) e o jurídico (ponto de vista interno), com prevalência do primeiro.

Em síntese, o garantismo pressupõe a existência de normas jurídicas que assegurem os direitos fundamentais previstos constitucionalmente a todos os cidadãos e a observância dessas normas em todos os níveis de sua aplicação, além da sua justificação ético-político-moral externamente ao ordenamento jurídico. Importante salientar que o garantismo é um modelo, um ideal, impossível de ser alcançado em sua plenitude, tendo em vista as vicissitudes que a realidade jurídica concreta apresenta.

Por oportuno, importante explicar a diferença entre “direitos” e “garantias”. Os direitos possuem conteúdo declaratório, enquanto as garantias são preceitos assecuratórios, que objetivam evitar a prática de arbitrariedades pelo Estado, limitando o seu poder em defesa da preservação dos direitos. No entanto, doutrinariamente, os termos são usados indistintamente sem maiores prejuízos.

No ordenamento jurídico pátrio, têm-se como direitos e garantias do acusado diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que protegem o apenado enquanto ainda investigado, ou após a sentença penal transitada em julgado. Sem pretensão de esgotar seu elenco, são direitos e garantias do réu: julgamento por órgão constitucional previamente determinado (inciso XXXVII),

definição dos crimes por lei e vedação de sua aplicação retroativa (incisos XXXIX, XL), responsabilidade pessoal do apenado (inciso XLV), ampla defesa (inc. LV), devido processo legal (inciso LIV), e inviolabilidade da honra e da imagem (inc. X).

Sobretudo, enquanto cidadão, o apenado deve ter preservados e assegurados todos os direitos e garantias explicitados no art. 5º da CF/88, o direito à vida, à dignidade, à segurança, à saúde, à liberdade, entre outros, e todos os demais, sejam trazidos pelos princípios implícitos à Constituição ou introduzidos pelo direito internacional¹.

Uma crítica hodiernamente feita ao garantismo diz respeito exatamente a essa dificuldade de se definir os direitos fundamentais, na medida em que, sem uma fixação exata de conteúdo, a teoria garantista corre o risco de ser manipulada por ideologias que distorçam seus ideais, legitimando regimes autoritários, por exemplo, a partir de uma definição de direitos fundamentais que atenda aos seus interesses.

Não obstante tal reflexão, não se olvida a importância da teoria garantista na concepção de um direito mais equânime e justo, e na formulação de meios de execução de sentenças condenatórias que garantam condições mínimas de existência digna aos apenados.

¹ Importante salientar que doutrinadores como Luis Flávio Gomes já consideram os direitos e garantias fundamentais Internacionais parte integrante do Direito Pátrio, uma dimensão a mais, além da Constituição (informação oral obtida no Congresso de Direito Constitucional e Efetividade Constitucional, em Natal, abril/2008).

3. A EXECUÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO PENAL

A exposição de motivos da LEP trata do Direito de Execução Penal como "o ramo do direito que cuida da execução da pena aplicada, envolvendo todos os aspectos pertinentes a tornar efetiva a sanção punitiva estatal" (NUCCI, 2006, p. 948). É ciência autônoma, que possui princípios próprios, apesar de sempre relacionada ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Ainda bastante utilizada, a expressão Direito Penitenciário é inadequada, uma vez que são tratados temas muito mais amplos do que os referentes a estabelecimentos prisionais, como a liberdade condicional, e a prisão domiciliar, por exemplo.

O princípio da humanidade, tratado mais profundamente em tópico próprio neste trabalho, também é observado no Direito da Execução Penal, e se encontra expresso na Constituição e na lei ordinária. O art. 5º, inciso XLVII, da CF/88 (BRASIL, 1988), em conformidade com os preceitos garantistas, determina que "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". Ainda no art. 5º da Constituição encontramos que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (inciso XLVIII); "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (inciso XLIX), e "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" (inc. L).

Todos os dispositivos citados trazem exemplos de aplicação dos ditames garantistas, que se bem observados pela prática jurídica e administrativa construiriam um cenário bastante promissor em termos de execução penal no Brasil. No entanto, não é o que se tem visto na realidade concreta no cumprimento das penas, e o sistema carcerário brasileiro vivencia uma situação desalentadora, em que é notório o desrespeito à dignidade humana dos presidiários, em seus mais básicos significados.

Em flagrante contradição entre a lei e os fatos, o Código Penal, em seu art. 38 (BRASIL, 1940), diz que: "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". O art. 3º da LEP (BRASIL, 1984), por sua vez, afirma que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei"; e no art. 40, da mesma lei, encontra-se "impõe-

se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Segundo Fragoso (*apud* NUCCI, 2006, p. 952), é necessário “ultrapassar o entendimento desumano, que tem estado mais ou menos implícito no sistema, de que a perda da liberdade para o preso acarreta necessariamente a supressão de seus direitos fundamentais”.

É também assegurada ao apenado a aplicação, em sede de execução, dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito à prova, do direito de não auto-incriminação, e outros, que compõem o devido processo legal.

Então, como se vê, a legislação pátria pode ser considerada um exemplo de adequação à teoria garantista de Ferrajoli. No entanto, a prática jurídica e administrativa vivencia uma situação bem distinta da delineada pelos dispositivos legais.

A Constituição Federal e o Código Penal asseguram ao apenado a conservação de todos os direitos não afetados pela sentença condenatória, embora nenhum direito ou garantia possa ser considerado absoluto, em detrimento de outro. Assim, a restrição à intimidade é considerada efeito natural da perda da liberdade, por exemplo.

A LEP elenca os direitos do preso em seu art. 41: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e remuneração pertinente; previdência social; constituição de pecúlio; proporcional distribuição do tempo entre o trabalho, o descanso e o lazer; exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas precedentes, compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias específicos; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior através de cartas, leitura e outros meios de informação que não agredam a moral e os bons costumes.

Entre todos, compete destacar o direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, tão desrespeitado pela mídia, atualmente, e o direito ao

chamamento nominal, como forma de preservação da individualidade do ser humano, que embora apenado, permanece dotado de personalidade e identidade psicológica, moral e emocional, cuja integridade deve ser preservada.

Os direitos políticos dos condenados são suspensos, de acordo com a CF, art. 15, III (BRASIL, 1988): “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”. De acordo com o entendimento doutrinário vigente, pela imposição deste dispositivo, enquanto dura o efeito da condenação, seja qual for a natureza da pena, esteja ou não o apenado em regime fechado, não poderá votar ou ser votado.

Sobre este ponto cabe uma digressão: atende aos ditames garantistas que um apenado em virtude de crime que nada tem a ver com a segurança nacional, a ordem pública, a administração, a fé pública, a economia popular ou crimes eleitorais, a quem é concedido o direito ao regime semi-aberto após o cumprimento de um sexto da pena em regime fechado e depois, a liberdade condicional, permaneça sem direito a exercer sua cidadania através do voto durante o tempo de cumprimento integral da pena?²

Não estará esse indivíduo sendo tolhido em dos seus mais importantes direitos fundamentais, o de escolher os seus representantes, aqueles que irão, pelo menos teoricamente, construir um futuro melhor para a sociedade em que vive, proporcionando-lhes condições de não mais voltar à prática de crimes, e assegurando condições dignas de sobrevivência à sua família? O disposto no art. 15, III (BRASIL, 1988), da Constituição, com o entendimento que lhe vem sendo atribuído, não é coerente com os princípios garantistas, que o ordenamento jurídico brasileiro pretende observar.

Um instituto da execução penal que também vem gerando polêmica em sua aplicação é o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. Criado pela Lei 10.792/2003, tem entre suas características: a) duração máxima de 360 dias, podendo ser repetido em caso de falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas (sem

² Um condenado por furto, por exemplo, a quem seja aplicada a pena de nove anos de prisão, passará um ano e seis meses em regime fechado. Após esse tempo, poderá trabalhar e levar uma vida ‘ quase ‘ normal. No entanto, passará os sete anos e seis meses restantes da pena, mais o tempo necessário à reabilitação (dois anos, em média) sem poder exercer o direito ao voto.

contar crianças), durante duas horas; d) permissão para banho de sol durante duas horas diárias (art. 52, incisos I a IV).

Para inclusão do apenado no RDD, é necessária a ocorrência de uma das seguintes hipóteses: a) prática, pelo preso provisório ou condenado, de fato previsto como crime doloso, perturbando a ordem e a disciplina interna do presídio; b) o preso provisório ou o condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do presídio ou da sociedade; c) preso provisório ou condenado envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, sendo a fundada suspeita suficiente para a aplicação do regime.

Sobre a pertinência do RDD, NUCCI trás importante consideração:

Observa-se a severidade incontestável do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso, é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no RDD. (NUCCI, 2006, p. 961).

Doutrinadores há, inclusive, que questionam a constitucionalidade do citado regime, uma vez que a CF/88 não admite penas cruéis (art. 5º, XLVII, 'e'), e garante que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Sobre o assunto, Busato afirma sensatamente:

[...] é necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da Lei 10.792/03 correspondem por um lado a uma Política Criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro. (BUSATO, 2004, apud MOREIRA, 2006, p. 3).

Na jurisprudência, também encontram-se vozes contrárias ao regime, como no julgamento do Habeas Corpus nº. 978.305.3/0-00, impetrado em favor de Marcos

Willians Herbas Camacho, o Marcola, em que foi relator o Desembargador Borges Pereira, na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de cujo voto são os trechos a seguir:

[...] O chamado RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor [...].

[...] Assim é que sob o pretexto de combater o crime organizado instituiu-se método de aniquilamento de personalidades [...].

Assim, em que pese a necessidade de meios que coíbam a prática da violência pelos apenados, o RDD é ainda um instituto novo, em construção jurisprudencial e doutrinária, e que carece de cuidados em sua aplicação, de forma que esta não atinja de maneira irreversível os direitos fundamentais do condenado, em face dos quais nem mesmo o direito à segurança pública é absoluto.

Por fim, conclui-se que a execução penal conforme delineada pela legislação pátria, em linhas gerais encontra-se em consonância com os ditames garantistas, apesar de alguns institutos destoantes. No entanto, a prática jurídica e administrativa se encontra muito aquém do necessário para uma satisfatória aplicação dos preceitos citados por Ferrajoli.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À EXECUÇÃO PENAL À LUZ DO GARANTISMO PENAL

Em um Estado Constitucional de Direito, construído sob a ótica garantista, o direito, e especialmente o Direito Penal, braço mais forte da intervenção estatal na sociedade, tem suas bases oriundas da Constituição, que através de valores como dignidade, liberdade, e igualdade, define os princípios fundamentais que ao mesmo tempo em que trazem legitimação à intervenção penal, exercem função limitadora ao *jus puniendi* do Estado.

Da Constituição Federal de 1988 derivam, implícita ou explicitamente, os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da humanidade, e da igualdade, entre outros, que se constituem em verdadeiras garantias ao indivíduo contra a exacerbação do poder punitivo do Estado, uma vez que impõem limites materiais e formais à sua atuação, conforme demonstrado a seguir.

4.1 Princípio da Legalidade, da Estrita Legalidade ou da Reserva Legal

Segundo Greco (2004, p. 104), os conceitos de princípio da legalidade e de Estado de Direito se confundem, uma vez que este surgiu exatamente ao se subjugar o Estado ao império da lei.

O princípio da legalidade vem expresso no art. 5º, XXXIX, CF/88 (BRASIL, 1988): “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; pode ser considerado um dos mais importantes em Direito Penal e trás segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

Expresso também no art. 1º do Código Penal e fiel ao que preceitua o art. 7º (BRASIL, 1940) da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas”, o princípio da legalidade significa que nenhum cidadão pode ser punido sem que haja previamente a valoração, pela sociedade, das condutas omissivas ou comissivas passíveis de sanção, e sua transformação em tipo penal definido em lei³.

³ Estrutura Tridimensional do Direito, segundo Miguel Reale: Fato, Valor e Norma (REALE, 2003, p. 102-104).

O princípio da legalidade tem aspectos formais e materiais. Em sua dimensão formal, significa que apenas a lei, em sentido estrito – aquela que obedece aos trâmites previstos na Constituição para ingressar no ordenamento jurídico –, pode tratar de matéria penal relativa à definição de crimes ou imposição de sanções. Importante salientar que outros atos legislativos podem tratar de aspectos penais que não estes, como a concessão de benefícios, por exemplo⁴.

Expressão do princípio da legalidade em seu aspecto material, o princípio da taxatividade significa que os tipos penais devem ser definidos pelo Poder Legislativo com a máxima determinação, de forma a evitar interpretações imprecisas de seus conteúdos, e impõe ao Judiciário uma interpretação restritiva destes tipos. Já o princípio da anterioridade da lei penal, também corolário do princípio da legalidade, preceitua que o fato precisa estar definido anteriormente como crime para que possa ser punido, e que a lei penal só retroage quando for mais benéfica para o infrator.

4.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio constitucional implícito da proporcionalidade⁵ pode ser definido como a necessidade de ponderação entre o crime cometido e a pena aplicada, de forma que não haja nem excesso nem insuficiência na intervenção estatal. Tem como destinatários o legislador, ao determinar a pena em abstrato, e o juiz, ao aplicar a pena ao caso concreto.

De suma importância na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, pode ser dividido em subprincípios como o da proporcionalidade em sentido estrito, conceituado anteriormente, da necessidade, da adequação, da vedação do *bis in idem*, da insignificância e da individualização da pena.

O princípio da necessidade implica na intervenção estatal apenas em situações de extrema gravidade, quando não surtirem mais efeitos outras medidas de controle social. Já o princípio da adequação pressupõe a utilidade da pena na consecução do fim a que se destina: prevenir e evitar as lesões aos bens jurídicos valorados pela sociedade.

⁴ Concessão de indulto através de decreto do Presidente da República.

⁵ Beccaria com sua obra Dos Delitos e Das Penas teve grande importância na definição do princípio da proporcionalidade.

A vedação do *bis in idem*, por sua vez, procura evitar a dupla valoração do mesmo fato na aplicação da pena, como ocorre na reincidência, por exemplo, grave afronta ao garantismo penal de Ferrajoli; e o princípio da insignificância permite ao juiz que despreze a conduta formalmente culposa que não seja relevante materialmente.

Por fim, o princípio da individualização da pena, presente na CF, art. 5º, e em diversos dispositivos da LEP, possui três aspectos: a individualização legislativa (criação da lei penal), a judicial (sentença) e a individualização executória. Em todos estes momentos o que se pretende é preservar a individualidade do apenado.

4.3 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade ou da dignidade da pessoa humana encontra-se expresso no art. 1º, III, da CF/88, que o institui como pilar e fundamento da República Federativa do Brasil, e pode seguramente ser apontado como o mais importante a nortear a aplicação do garantismo em sede de execução e de direito penal, tanto em virtude do significado do seu conteúdo quanto da constitucionalização de todos os ramos do Direito, característica do atual momento jurídico mundial.

Assim, penas desumanas, que atentem contra a dignidade física ou psíquica do infrator, tais como a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, são proibidas pela CF (art. 5º, XLVII), ao passo em que se exige que as penas permitidas pela Constituição sejam cumpridas de modo a preservar os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, trás em seu preâmbulo: “CONSIDERANDO que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”; e em seu art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Dessa forma, em conformidade com as atuais tendências jurídicas mundiais, que caminham cada vez mais rapidamente na direção do respeito à dignidade humana, o princípio da humanidade jamais poderá ser desconsiderado por uma nação que se pretende constituir em um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

4.4 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia consiste tão somente na aplicação do brocardo jurídico que preceitua que se deve tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Encontra-se disposto no art. 5º, caput, da CF/88 (BRASIL, 1988), “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A LEP, por sua vez, em consonância com as Regras Mínimas da ONU para o tratamento do preso, em seu art. 3º (BRASIL, 1984), Parágrafo Único, preceitua que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Em Alexandre de Moraes encontramos salutar definição sobre o princípio em tela:

[...] ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça [...] (MORAES, 2004, p. 66).

Atua o princípio da igualdade em dois momentos: na edição de leis e atos normativos pelo Poder Legislativo, impedindo o tratamento desigual a quem se encontra em igualdade de condições, e na interpretação da lei pelo Judiciário, orientando a aplicação desta com equidade.

Se por um lado, em virtude do princípio da isonomia, as partes devem ter as mesmas oportunidades em juízo, importante salientar que em conformidade com a aplicação do garantismo em sede de processo e execução penal, o dito princípio é atenuado pelo princípio do *favor rei*, também constitucional, popularmente traduzido pela máxima “em dúvida, pró réu”. São exemplos dessa atenuação o disposto no art. 386, VI (absolvição por falta de provas) e 607 (protesto por novo júri), do CPP, entre outros.

4.5 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal encontra-se expresso na CF/88, art. 5º (BRASIL, 1988), LIV, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este princípio abrange outros, como os princípios do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

O contraditório garante ao réu o direito à informação e à publicidade e motivação das decisões, entre outros, e deve ser obedecido também em atos administrativos, comuns na execução penal. A ampla defesa, por sua vez, assegura defesa técnica ao acusado, e pelo art. 15 da LEP cabe ao Estado proporcionar assistência jurídica ao preso que não possa arcar com os custos de um advogado.

Por fim, o duplo grau de jurisdição, princípio implícito à Constituição, prevê a possibilidade de revisão, através de recursos, das ações julgadas em primeira instância. Está expresso na LEP em seu art. 197, que garante ao réu a utilização do recurso de agravo contra as decisões prolatadas pelo juiz de primeiro grau.

4.6 Princípio da Intervenção Mínima

Este princípio possui salutar importância sob a ótica garantista, já que funciona como um limitador ao *jus puniendi* estatal. Através de critérios políticos, são selecionados os bens mais importantes para a vida em sociedade, que devem receber a proteção do Direito Penal. Por outro lado, também é permitida a descriminalização de fatos que perderam relevância social.

Significativa definição de Cezar Roberto Bitencourt, diz que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e

não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 1995, p. 32 *apud* GRECO, 2004, p. 53)

Como reflexo do princípio da intervenção mínima apresenta-se o princípio da lesividade: enquanto o primeiro admite a interferência do direito penal somente em relação a bens jurídicos importantes, o último limita ainda mais o legislador, procurando impedir a aplicação da lei penal a condutas que não atinjam bens jurídicos de terceiros, causando apenas repercussões morais na sociedade.

4.7 Outros Princípios Importantes na Execução Penal

Alguns outros princípios merecem destaque em se tratando de Execução Penal, como o princípio da responsabilidade pessoal (ou subjetiva), o princípio da publicidade, e o princípio da jurisdicionalidade.

Pelo princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como princípio da impessoalidade ou da intranscendência da pena, somente poderá sofrer os efeitos da condenação penal, da sanção, o próprio condenado, independentemente da natureza da penalidade aplicada, privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Esse princípio impede a responsabilização de alguém por fato de terceiro, e a responsabilidade penal objetiva ou presumida, apurando-se, sempre, o dolo ou a culpa do autor.

O princípio da publicidade garante que os atos de execução penal devem ser públicos, a menos que sejam atingidos outros direitos do acusado, como o direito à intimidade, ou que o interesse público indique a restrição da publicidade. Não é um princípio absoluto, devendo o acusado ser protegido contra sensacionalismos, conforme preceitua a Lei de Execução Penal em seus artigos 41, VIII, e 198.

Por sua vez, o princípio da jurisdicionalidade assegura que nenhuma questão será afastada da autoridade judiciária competente, garantindo os direitos fundamentais do apenado, principalmente os referentes à progressão de regime, livramento condicional, remição, saídas temporárias, etc. Assim, não termina a função jurisdicional com a sentença, mas permanece durante toda a execução da pena aplicada ao condenado.

5. NEGAÇÃO DO GARANTISMO PENAL (CASO CONCRETO): OS PRESÍDIOS FEMININOS BRASILEIROS

Segundo dados estatísticos (SOUZA, SGARIONE, ROSCOE, 2008) nos últimos seis anos, cresceu duas vezes e meia mais do que o de presos o número de mulheres presas no Brasil, que hoje chega a vinte e cinco mil. Em sua grande maioria, essas mulheres cumprem pena por tráfico de drogas em um dos presídios femininos brasileiros, quarenta no total, que como as penitenciárias masculinas, sofrem com os problemas da super-lotação e não possuem estrutura para ressocializar as apenadas.

No ranking nacional da criminalidade feminina, o tráfico de drogas vem em primeiro lugar, seguido por roubo, estelionato, homicídio e seqüestro. As mulheres, hoje, deixaram de ser subordinadas no mundo do crime para serem chefes de bandos fortemente armados, e apesar da escalada da criminalidade feminina, o governo brasileiro não tomou as providências necessárias em tempo hábil, não garantindo instituições adequadas à recuperação das presas, que permanecem amontoadas em celas insalubres de delegacias, em centros de detenção provisória ou em penitenciárias lotadas.

As condições desumanas a que são submetidas afrontam grandemente os ditames garantistas, desrespeitando os mais fundamentais direitos dos cidadãos, como o da dignidade, o da liberdade, o da honra, o da saúde, e até mesmo o direito à vida. Existem no universo de presas brasileiras muitas com a pena vencida, tolhidas em sua liberdade pela burocracia do Judiciário. Outras são obrigadas a viver em celas mofadas, sem ventilação e sem as mínimas condições de higiene necessárias à uma vida digna.

Em 08 de março de 2007 foi entregue um relatório sobre a violação dos direitos das presidiárias brasileiras à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede em Washington, Estados Unidos. Elaborado por várias organizações civis, este relatório trás entre suas denúncias a falta de assistência médica a que estão sujeitas as mulheres presas no Brasil, que não possuem acesso a atendimentos ginecológicos, conforme orientação

da ONU, a campanhas de vacinação ou a exames de mamografia (ANDRADE, 2007).

Nas penitenciárias femininas também se encontram as mazelas do sistema prisional masculino, como a presença irregular de celulares e a filiação das presidiárias a facções criminosas, como o PCC, sem que o governo disponha de meios para evitar tais práticas. As mulheres participam de rebeliões e ajudam a financiar o crime organizado. Muitas delas possuem curso superior, são advogadas ou estudantes de Direito.

Apesar da Lei de Execução Penal assegurar trabalho a todas, são poucas as vagas existentes, fato que dificulta a remição da pena, e muito raro o acesso à escola pelas presidiárias. As presas também não são tratadas com isonomia, havendo a concessão de privilégios a algumas, como celas individuais, em função de critérios subjetivos nem sempre aceitos por todas as detentas.

Para sua subsistência, as presas só dispõem de comida, de péssima qualidade, e de uma cama para dormir, muitas vezes resumida a um colchão no canto da cela. Os produtos de higiene devem ser fornecidos pela família ou comprados na cadeia, e servem de moeda de troca em diversas situações.

Outro problema enfrentado pelas presidiárias em sua rotina no cárcere é a violência praticada pelos policiais e carcereiros. Algumas ficam com seqüelas físicas irreparáveis, em virtude das agressões a que são submetidas. Maria Elizabete Pereira, da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, coordenadora do grupo interministerial que desde 2007 procura soluções para o sistema prisional feminino, pensa que a tortura é generalizada, e que o sistema fugiu do seu objetivo, que era ressocializar.

O acesso às drogas é amplo nas penitenciárias femininas, seja através das presas do regime semi-aberto que as transportam, seja através da corrupção dos servidores carcerários. As viciadas não dispõem de tratamento para abandonar o vício, enquanto se encontram presas. O lazer é inexistente e a Bíblia é o livro mais lido pelas encarceradas, que enfrentam mais do que os homens o problema da solidão, por que na maioria das vezes são abandonadas por filhos, companheiros e demais familiares, que por falta de condições financeiras não as visitam na prisão.

Grande parte dos filhos das presas permanece com as mães no cárcere. Se por um lado este fato é positivo, por outro é cruel manter tantas crianças

aprisionadas, em condições insalubres, contrariando o Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante o direito à creche a esses menores.

Em outras situações, quando não podem ficar com as mães, as crianças são colocadas em abrigos públicos, por falta de familiares que por eles se responsabilizem, enquanto as apenas tentam manter o vínculo afetivo com seus filhos, na medida do possível, apesar das condições adversas que enfrentam.

Diferentemente da situação masculina, para as mulheres não é permitida a visita íntima, na maioria dos presídios, e quando o é, os parceiros não aparecem. Este fato favorece a homossexualidade feminina, tolerado em alguns presídios e em outros não.

A assistência jurídica gratuita, garantida constitucionalmente aos cidadãos que não podem arcar com os custos de sua defesa, não é assegurada às presidiárias, que sem dinheiro para contratarem advogados perdem prazos de defesa e não obtêm benefícios legais.

Em agosto de 2007 foi instaurada uma CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito – para investigar a violência, a corrupção e o crime organizado nos presídios brasileiros, e já conseguiu identificar problemas como estelionato praticado pelos advogados contra as presidiárias, troca de drogas por sexo, e mulheres presas nas mesmas celas que homens, além da notória super-lotação.

No entanto, há esperança de melhoras neste quadro: o Ministério da Justiça celebrou convênio com a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres e destinou 50 milhões de reais a serem aplicados na assistência jurídica às presidiárias, que se bem direcionados, com a contratação de defensores públicos, por exemplo, podem ajudar a enxugar o sistema carcerário brasileiro.

Além disso, foram solicitados projetos especiais, através do Programa Nacional de Segurança com Cidadania (PRONASCI), para aumentar o número de vagas nos presídios femininos, com a confirmação de 5,5 mil novas vagas a partir de 2008, e implementar melhorias na infra-estrutura dos presídios, como a construção de creches e berçários⁶ (SOALHEIRO, 2007).

⁶ Foi noticiado pela imprensa nacional que em 10 de dezembro de 2007 um bebê nasceu e morreu atrás das grades, no Estado do Espírito Santo. Existe maior afronta aos ditames garantistas do que esta? (SOALHEIRO, 2007).

6. TEMAS DA EXECUÇÃO PENAL SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

Apesar da aridez que permeia o processo penal, e em especial a execução, é possível que se aplique o *jus puniendi* estatal de forma que sejam minimizados os efeitos gravosos sobre os apenados, por mais que essa intenção pareça paradoxal. A partir de exemplos jurisprudenciais, é demonstrado a seguir como alguns dos institutos da execução penal podem ser aplicados em conformidade com os preceitos garantistas difundidos por Ferrajoli.

6.1 Progressão de Regime

O sistema progressivo na execução da sanção imposta está prevista na Lei de Execução Penal e funciona de forma que o condenado que tenha cumprido com bom comportamento um sexto (1/6) da pena no regime anterior (regime fechado), poderá progredir para o seguinte – semi-aberto – até alcançar a liberdade, de forma restrita (regime albergue ou prisão albergue), ou através do livramento condicional. É um sistema menos gravoso e tem como objetivo final a ressocialização do condenado.

Questão que tem suscitado polêmica atualmente é a que diz respeito à concessão da progressão do regime a condenados por crimes hediondos, e o STF, apesar de divergências iniciais no entendimento, tem julgado inconstitucional a regra que proíbe a progressão.

(Caso 1) EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DO BOM COMPORTAMENTO. PAD EM ANDAMENTO NÃO PODE OBSTAR BENEFÍCIO.

- Dois são os requisitos para progressão do regime: cumprimento do lapso temporal e bom comportamento carcerário (art. 112 da LEP).
- O comportamento carcerário deve vir atestado pelo Diretor da Casa Prisional, segundo classificação do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado e independentemente de quaisquer outras manifestações. Para além disso, cabe às partes – se assim o desejarem – impugnar a conclusão constante do atestado de

conduta carcerária: o critério para se aferir o comportamento é a ausência de falta disciplinar, apurada via PAD (Processo Administrativo Disciplinar) e homologada em juízo, no expediente do apenado, dentro dos prazos do art. 14, § 6º, do RDP.

– Preenchidos os requisitos legais, o deferimento do pedido é impositivo – direito subjetivo público.

– PAD em andamento não pode ser considerado para obstar benefício, pena de agressão ao princípio constitucional da presunção de inocência.

À unanimidade, deram provimento ao agravo.

(Agravo em Execução nº 70013807383, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Porto Alegre, Agravante: A. de A, Agravado: Ministério Público, em 19/06/2006).

(Caso 2) EXECUÇÃO PENAL. NULIDADE DA DECISÃO NÃO DECLARADA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME AOS DELITOS HEDIONDOS. EFEITOS *ERGA-OMNES* DA DECISÃO PLENÁRIA DO STF.

– Nula é a decisão atacada: indeferir o pedido acolhendo a manifestação do Ministério Público não é fundamentar a decisão – agressão ao art. 93, IX, da Constituição da República. Nulidade esta que, embora presente, não vai declarada porquanto o mérito favorece o agravante.

– A declaração de inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime aos delitos hediondos, no plenário da Corte Suprema, tem seus efeitos irradiados a todos os condenados nesta situação. Logo, o agravante tem direito, atendidos os requisitos legais, a progredir no regime.

À unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

(Agravo em Execução nº 70014506919, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Nova Prata, Agravante: J. G., Agravado: Ministério Público, em 19/04/2006).

6.2 Livramento Condicional

Este instituto da execução penal consiste na antecipação da liberdade para quem cumpre pena privativa de liberdade, desde que obedecidos os requisitos determinados no art. 83, CP. Preenchidos os seus pressupostos, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário, de acordo com o art. 131 da LEP, pode ser concedido pelo juiz da execução.

Tem condições obrigatórias e facultativas. São obrigatórias: obter ocupação lícita, comunicar periodicamente ao juiz essa ocupação, não mudar de endereço para outra comarca sem prévia autorização do juiz da execução. Facultativas: não freqüentar determinados lugares, recolher-se à habitação em hora fixada.

(Caso 1) EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS. EXAMES CRIMINOLÓGICOS: IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO.

– Valorar outros elementos, que não o bom comportamento carcerário e o implemento do lapso temporal, é obrar em gritante agressão às garantias do cidadão-apenado, na medida em que a alteração legislativa (Lei 10.792/03) afastou as nefastas avaliações de cunho subjetivo até então existentes no sistema.

– Embora intacta a redação dos dispositivos do art. 131, da LEP, e do art. 83, parágrafo único, do CP, a nova disposição do art. 112 e parágrafos, da LEP, acabou por revogar – lei especial e posterior – as disposições conflitantes dos referidos artigos.

– O art. 8º, da LEP, apresenta o exame criminológico para fins de classificação e individualização da pena, a ser realizado no início de sua execução, em condenados a cumprir pena no regime fechado e semi-aberto (ver art. 34 c/c art. 35, ambos do Código Penal, e art. 8º da LEP). Assim, difere-se dos exames anteriormente exigidos pela LEP.

À unanimidade, negaram provimento ao recurso.

(Agravado em Execução nº 70014248041, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Porto Alegre, Agravante: Ministério Público, Agravado: J. C., em 22/03/2006).

(Caso 2) EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PAD EM ANDAMENTO NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR CLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA CARCERÁRIA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

– Responder a procedimento disciplinar não tem o condão de alterar a classificação da conduta carcerária de modo a obstar benefício, pois ausente decisão judicial homologatória - somente a falta grave, apurada via PAD e devidamente homologada pelo juízo da execução, é hábil a influenciar na classificação da conduta. Pensamento contrário, agride o princípio constitucional da presunção de inocência.

– Conquanto ausente registro de falta grave nos prazos do art. 14, § 6º, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado, a classificação da conduta não poderia ser outra que não a de “bom comportamento carcerário”.

– Preenchidos os requisitos legais – lapso temporal e bom comportamento carcerário – a concessão do livramento condicional se impõe – direito subjetivo público.

À unanimidade, prejudicada a preliminar, deram provimento ao recurso.

(Agravado em Execução nº 70013921267, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Porto Alegre, Agravante: R. de J. M., Agravado: Ministério Público, em 08/02/2006).

6.3 Medida de Segurança

É uma medida de caráter preventivo, que pode substituir a pena. O juiz, na sentença condenatória ou absolutória, impõe ao réu a medida de segurança em virtude de sua periculosidade, e de suas condições de saúde físicas e/ou mentais.

As medidas de segurança são internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou na falta deste, em outro estabelecimento adequado, e sujeição a tratamento ambulatorial. A medida de segurança possui apenas o prazo mínimo determinado na sentença, de um a três anos. O prazo máximo é indeterminado, e deve ser regulado pela cessação de periculosidade. Essa questão vem gerando controvérsias na doutrina e jurisprudência em virtude da inconstitucionalidade de penas perpétuas ou abusivas.

Caso 1) PROCESSUAL PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DE PENAS PERPÉTUAS OU DE OUTRO MODO ABUSIVAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DOS LIMITES MÁXIMO E MÍNIMO.

– É inconstitucional a indeterminação de limite máximo, bem como, abusivo, prolongado e excessivo o prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade do agente, previstos no art. 97, do Código Penal, à imposição de Medidas de Segurança.

– A Constituição Federal veda expressamente a imposição de sanção penal que possa assumir caráter perpétuo ou que possa ser, de qualquer forma, abusiva (art. 5º, XLVII e alíneas) – assim, ancorada nos princípios fundamentais (freios

libertários ao poder punitivo estatal), impõe a maior aproximação isonômica possível entre a punição de imputáveis e inimputáveis que cometem delitos.

– A dignidade da pessoa humana, isonomia e mitigação da dupla violência punitiva – dos delitos e das penas arbitrárias (no dizer de Ferrajoli) – restam, então, aqui contempladas da seguinte forma: fixação do limite máximo pelo total da pena estabelecida em cada caso concreto (igualmente ao que se dá com imputáveis), bem como a fixação do prazo mínimo para a verificação da cessação da periculosidade em 01 ano (como não há dogma sobre a cura de um distúrbio mental, melhor que se comece a investigar no menor tempo possível), devendo, cessada a enfermidade mental, ser o apenado posto em liberdade a qualquer tempo.

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo.

(Apelação Crime nº 70010817724, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Cachoeira do Sul, Apelante: J. E. N. B., Apelado: Ministério Público, em 06/04/2005).

Caso 2) DIREITO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO.

– A internação de inimputável em razão de crime doloso só se justifica quando necessária – absolutamente necessária.

– Se o tratamento ambulatorial é possível e recomendável, este é o caminho a ser seguido.

Deram parcial provimento ao recurso para determinar tratamento ambulatorial (unânime).

(Apelação Crime nº 70008584963, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Palmeira das Missões, Apelante: M. D. L., Apelado: Ministério Público, em 30/06/2004).

6.4 Prisão Domiciliar

De acordo com a Lei de Execução Penal a prisão-albergue, em casa do albergado, destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana. No entanto, a prisão domiciliar é admitida para condenados maiores de 70 anos, acometidos por doenças graves, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e condenada gestante (LEP, arts. 93 e 117, I a IV).

Atualmente também vem sendo admitida a prisão domiciliar em casos de inexistência de casa do albergado ou precárias condições desta, uma vez que a

incapacidade do poder público em administrar satisfatoriamente o cumprimento da pena não pode subtrair o direito do condenado ao regime albergue. Fere gravemente os preceitos garantistas que um condenado ao regime semi-aberto seja obrigado a cumprir a pena em regime fechado em virtude da inépcia do Estado.

(Caso 1) EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 117 DA LEP. APENADO PORTADOR DE DOENÇA DEGENERATIVA E COM DIFICULDADES DE LOCOMOÇÃO FAZ JUS À CONCESSÃO DO PEDIDO.

À unanimidade negaram provimento.

(Agravado em Execução nºs 70015419955 e 70014379861, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Lajeado, Agravante: M. Público, Agravado: A. C., em 26/07/2006).

(Caso 2) AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR: CABIMENTO DIANTE DAS PRECÁRIAS SITUAÇÕES DA CASA PRISIONAL E DA AUSÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO: POSSIBILIDADE.

À unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial.

(Agravado em Execução nº 70016158487, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Caxias do Sul, Agravante: Ministério Público, Agravado: G. de O., em 06/09/2006).

6.5 Processo Administrativo Disciplinar

O Processo Administrativo Disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves cometidas pelos apenados, que deve obedecer aos princípios da legalidade, da verdade material e da garantia de defesa, entre outros. A descon sideração de algum destes princípios pode determinar a nulidade do PAD. Possui as seguintes fases: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

(Caso 1) AGRAVO EM EXECUÇÃO. NULIDADE DO PAD. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

– O PAD apresenta vício insuperável - de índole constitucional: não foi assegurada ao apenado a assistência de um defensor quando do interrogatório perante a autoridade administrativa e sequer há notificação do mesmo acerca da instauração do procedimento - violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla

defesa. E tal vício - vênia - impõe a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar.

– A Constituição da República, em seu art. 5º, LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, inclusive no âmbito administrativo como do PAD.

– O Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado (Portaria SJS nº 014, de 21/01/2004) ao regram os procedimentos administrativos disciplinares, expressamente prevê a imprescindibilidade da defesa técnica, bem como da necessidade de notificação do apenado acerca da imputação.

À unanimidade, deram provimento ao agravo.

(Agravo em Execução nº 70013803374, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Rio Grande, Agravante: A. S. F., Agravado: Ministério Público, em 19/04/2006).

(Caso 2) EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE: FUGA. IMPRESCINDIBILIDADE DO PAD. PRESCRIÇÃO.

– A Lei de Execução Penal, em seu art. 59, caput, prevê expressamente que após a prática de falta disciplinar (leia-se: grave, média e leve) deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento. Logo, a instauração do PAD é de rigor sempre que se verifica a ocorrência de falta disciplinar.

– Cada falta grave é independente e autônoma em relação a outra e, como tal, deve ser apreciada.

À unanimidade, negaram provimento ao recurso.

(Agravo em Execução nº 70013757307, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Porto Alegre, Agravante: Ministério Público, Agravado: L. C. da R., em 08/02/2006).

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Do exposto, podem-se apontar como elementos de uma teoria geral do garantismo: a vinculação do poder público ao Estado de Direito; a diferença entre validade e eficácia da norma jurídica aliada à ilegitimidade das práticas jurídicas e administrativas inferiores; a distinção entre o ponto de vista externo (ético-político) e o interno (jurídico), predominando o primeiro.

Em resumo, o garantismo baseia-se na existência de normas jurídicas que assegurem os direitos fundamentais previstos na Constituição a todos os cidadãos e a observância dessas normas em todos os níveis de sua aplicação. No entanto, não se deve esquecer que o garantismo constitui-se num modelo abstrato, impossível de ser atingido em toda a sua plenitude, em virtude das diversas nuances que a realidade jurídica concreta apresenta.

Embora se façam algumas críticas à teoria garantista, inquestionável sua importância na concepção de um direito mais equânime e justo, e na aplicação dos institutos da execução penal de forma que sejam garantidas condições mínimas de existência digna aos condenados.

Constata-se a perfeita adequação da legislação pátria aos ditames garantistas, em que pese alguns poucos institutos destoantes. No entanto, a prática jurídica e administrativa apresenta uma situação bem diversa da delineada pelos diplomas legais.

Na formação de um Estado Constitucional de Direito, erigido sob a perspectiva garantista, o Direito Penal deve ter suas raízes na Constituição, que baseada em valores como dignidade, liberdade, segurança e proteção aos indivíduos, definirá os princípios fundamentais que trarão legitimidade à intervenção estatal, e colocarão limites ao seu *jus puniendi*.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Agamenon Bento do. **A progressão do regime e os crimes hediondos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1103>>. Acesso em: 15 jun. 2008..
- ANDRADE, Juliana. **Assistência médica precária é apontada em relatório sobre presídios femininos**. Agência Brasil – EBC Empresa Brasil de Comunicação, em 08/03/2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/08/materia.2007-03-08.8738015031/view>>. Acesso em: 17 maio. 2008.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **Omissão estatal e prisão domiciliar**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9902>>. Acesso em: 15 jun. 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 11. Ed. São Paulo: Hemus, 1998.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Amilton Bueno et al.. **Garantismo Aplicado à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches et al. **LEITURAS COMPLEMENTARES DE EXECUÇÃO PENAL**. Salvador: JusPodivm, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Rio de Janeiro Editora Revista do Tribunais, 2006.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9828>>. Acesso em: 20 jun. 2008.
- MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 20 jun. 2008.
- MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. **Prisão domiciliar e a ausência de vaga em casas de albergado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7677>>. Acesso em: 20 jun. 2008
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): Inconstitucionalidade.** Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SOALHEIRO, Marco Antônio. **Deputados pedem que Ministério da Justiça priorize melhorias em presídios femininos.** Agência Brasil - EBC Empresa Brasil de Comunicação, em 11/12/2007. Disponível em:
<<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/12/11/materia.2007-12-11.7170952368/view>>. Acesso em: 15 maio. 2008.

SOUZA, Fátima; SGARIONE, Mariana; ROSCOE, Alessandra. **Atrás das Grades.** Revista Cláudia, abril de 2008.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1999.