

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL  
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

**Élida Raiane Lima Garcia**

**CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO PROCESSO  
DISCIPLINAR NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL E OS RELFLEXOS PRÁTICOS**

Paranaíba/MS  
2015

**Élida Raiane Lima Garcia**

**CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO PROCESSO  
DISCIPLINAR NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL E OS RELFLEXOS PRÁTICOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul- UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, como Exigência parcial para bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mario Lúcio Garcez Calil

Paranaíba/MS  
2015

G198c Garcia, Élide Raiane Lima

Controle judicial das decisões administrativas no processo disciplinar na fase de execução penal e os reflexos práticos. / Élide Raiane Lima Garcia. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2015.

51f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Execução Penal. 2. Atos Administrativos. 3. Controle Judicial. I. Garcia, Élide Raiane Lima. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 342.06

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

**Élida Raiane Lima Garcia**

**CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO PROCESSO  
DISCIPLINAR NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL E OS RELFLEXOS PRÁTICOS**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para a obtenção do grau de bacharel em direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Orientador:

---

Prof. Dr. Mario Lúcio Garcez Calil  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Prof. Me. Rodrigo Cogo  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Dr. Leonardo Palmerston  
Promotor de Justiça

*Aos meus pais, pelo incentivo e apoio,  
Mário César Garcia e  
Abadia Ap. Moreira Lima.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela fé de todos os dias e por todas as oportunidades que colocou em meu caminho.

Aos meus amados pais, Abadia e Mário, pelo exemplo de amor, honestidade, humildade, e por serem verdadeiros anjos em minha vida.

Ao Sávio, pelo amor e apoio nos momentos difíceis.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e todos os professores que fizeram parte destes cinco anos.

Aos professores Mário, Rodrigo e Lisandra pelos grandes ensinamentos e por representarem a verdadeira essência do que é ser mestre.

Ao Júnior, exemplo de dedicação à Universidade e a todos que por ela passam.

Aos amigos da Vara Criminal: Maria, Cleyton, Arcênio, Rodrigo e Geraldo, que fizeram parte de um momento decisivo do curso.

Ao Dr. Leonardo, por aceitar tão prontamente o convite para fazer parte da banca deste trabalho, e pelo exemplar modo de conduzir sua profissão.

Aos colegas da Terceira Promotoria de Justiça, pelo aprendizado prático, e Dona Eremita, sempre amiga e companheira.

Aos queridos amigos que a Universidade trouxe para minha vida: Willisvan, Emili, Marcos, Emílio, Domingos, Elis, Franciele, Esméria, Nara, Lucas, Paula, Patrícia, Juliana, Victor e João, vocês fizeram parte dos momentos mais felizes e importantes da minha vida, mas também estiveram presentes nos mais difíceis.

Aos amigos que mesmo com a distância se fizeram presentes: Barbara, Daniele, Caio, Álvaro e Letícia.

*“Não temas, porque eu sou contigo; não te assombres porque eu sou teu Deus; eu te fortaleço e te ajudo com destra da minha justiça”.*  
Isaías 41:10

## RESUMO

Com o início da Execução Penal, o processo alcança contornos e propósitos diferenciados dos presentes na Ação Penal, pois busca o cumprimento da sentença condenatória. Logo, o poder de punir do Estado encontra-se robustamente concretizado pela extração da Guia de Recolhimento. Nesse contexto, sob a égide especial da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210/1984), o processo executório é dotado, dentre outras características, da discricionariedade, esta que é destinada aos Órgãos e Estabelecimentos Penais responsáveis pela fiscalização, acompanhamento e cumprimento da pena. Desta feita, as autoridades administrativas incumbidas de dar cumprimento a tais atividades são dotadas de certa parcela decisória em relação aos direitos dos sentenciados, sendo esta expressamente declarada na Lei de Execuções Penais. Dessa maneira, a qualificação do comportamento, que se verifica de extrema importância para obtenção de qualquer benefício no curso do processo de execução, bem como a atribuição da gravidade da falta disciplinar cometida, tendo como possível consequência à instauração de processo administrativo, e a possível aplicação de regime mais gravoso, como o regime disciplinar diferenciado, são de responsabilidades exclusivas das autoridades administrativas. É importante que tais decisões sejam corretamente motivadas, com a possibilidade do Juízo das Execuções acompanhar todos os procedimentos administrativos, com o irrestrito direito à defesa do sentenciado, para afastar arbitrariedades e injustiças. Contudo, como nem sempre assim ocorre, é importante abordar quais as causas que levam a esta falha no curso da execução penal e as suas consequências práticas, por meio de um estudo descritivo e exploratório. Como se trata de trabalho ainda em fase inicial, pode-se afirmar que cabe ao Judiciário zelar pelo justo cumprimento da reprimenda, com o intuito de assegurar todos os direitos ao sentenciado, bem como fiscalizar as decisões tomadas pelas autoridades administrativas.

**Palavras-chave:** Execução Penal. Atos Administrativos. Controle Judicial.

## **ABSTRACT**

With the start of the Penal Execution, the process reaches contours and different purposes from those in the criminal action, for seeking compliance with the sentence. Thus, the power to punish the state is robustly implemented, for the extraction of Payment Form. In this context, under the auspices of the Special Law of Criminal Executions (Law No. 7210/1984), the enforcement process is provided, among other features, of discretion, this is intended to Criminal bodies and establishments responsible for supervision, monitoring and enforcement of feather. This time, the administrative authorities to comply with such activities are endowed with certain operative portion for the rights of convicts, which is expressly stated in the Law of Criminal Executions. Thus, the classification of the conduct, which occurs extremely important to obtain any benefit in the course of the implementation process, as well as assigning the severity of the disciplinary offense committed, with the possible consequence to the initiation of administrative proceedings, and the possible applying more onerous regime like differentiated disciplinary regime, they are the exclusive responsibility of the administrative authorities. It is important that such decisions are properly motivated, with the possibility of judgment of executions follow all administrative procedures, with the unrestricted right to defense sentenced to rule out arbitrariness and injustice. However, as this is not always occurs, it is important to address what are the causes that lead to this failure in the course of criminal enforcement and its practical consequences, through a descriptive study. As it is work still in early stages, it can be said that it is up to the judiciary ensure the fair enforcement of reprimand, in order to ensure all rights to the convicted, as well as supervise the decisions taken by administrative authorities.

**Keywords:** Criminal Enforcement. Acts Office Administrative. Judicial Control.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PENA, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS .....</b>	<b>12</b>
1.1 Desenvolvimento Histórico da Pena .....	13
1.1.1 Pena no Brasil.....	24
1.2 Sistemas Prisionais e Teoria da Pena.....	26
1.3 Princípios Fundamentais.....	29
<b>2. ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>30</b>
2.1. Princípios.....	30
2.2 Atributos.....	38
2.3 Atos praticados na Execução Penal e Discricionariedade.....	40
<b>3. AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO PROCESSO DISCIPLINAR E OS REFLEXOS PRÁTICOS.....</b>	<b>43</b>
3.1 Da natureza “híbrida” da atividade administrativa na execução penal.....	43
3.2 Da exequibilidade das decisões do administrador carcerário versus atividade jurisdicional.....	44
3.3 Análise da jurisprudência do STJ sobre os conflitos de competência entre o administrador carcerário e o Juiz.....	46
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A Execução da Pena privativa de liberdade já foi tratada das mais variadas formas pela meio social e acadêmico, principalmente quando o assunto tratado está relacionado à função ressocializadora da pena. Todavia, não pretendendo adentrar no mencionado tema, o presente trabalho tem por finalidade, indicar sob um aspecto mais prático e objetivo o desenrolar do cumprimento da pena perante o Poder Executivo e o Judiciário, delimitando assim, possíveis aspectos conflituosos.

Nesse liame, o primeiro capítulo tem por objeto traçar o desenvolvimento histórico da pena privativa de liberdade, desde suas origens mais remotas até chegar nos dias atuais, bem como apresentar as teorias da pena, os sistemas penitenciários e os princípios que fundamentam a pena.

Outrossim, de maneira breve, é possível observar que o pensamento a respeito da pena e sua forma de execução evoluiu de modo bastante significativo, logo, em sua origem de cunho segregatório, como meio de vingança privada e executada dos mais bárbaros modos, tem nos dias atuais, assumido um caráter humano e reintegrador, pautado na dignidade humana.

Juntamente com essa evolução, o Processo Penal Brasileiro também sofreu consideráveis modificações, pois mesmo que muitas irregularidades ainda estejam presentes, não se pode olvidar que cada vez mais tem se prezado pela efetividade das garantias individuais e por um processo justo, que esteja em conformidade com o prevê a lei.

Por conseguinte, com o advento da Constituição Federal, em 1988, tais garantias assumiram especial relevância. Logo, houve uma maior limitação ao poder de punir do Estado, de modo a evitar arbitrariedades e injustiças, sendo que tal situação somente é alcançada pelo respeito aos Princípios Constitucionais, tais como o Devido Processo Legal, a Jurisdicionalidade, a Proporcionalidade, a Humanização da Pena, o Contraditório e a Ampla Defesa.

Neste raciocínio, a Lei nº 7210/84 - Lei de Execução Penal, já havia elencado em seu texto os direitos e deveres do condenado, bem como determinado que os incidentes ocorridos durante o cumprimento da pena deveriam essencialmente passar pelas mãos do Poder Judiciário. Assim, conclui-se que a execução da pena possui natureza jurisdicional, pois todas as decisões importantes são de responsabilidade do Juiz da Execução.

Por outro lado, a Execução Penal também está vinculada ao Poder Executivo, ou seja, mesmo que seja dotada de jurisdicionalidade, o cumprimento da pena somente se desenvolve administrativamente. Logo, por intermédio dos estabelecimentos penais, sob a responsabilidade das autoridades administrativas, a sentença penal condenatória será de fato executada.

É justamente nesse ponto, que desenvolve a problemática do trabalho, em razão dessa natureza híbrida da execução penal, será discutido no segundo capítulo a essencialidade do ato administrativo, seus princípios norteadores, os atributos e ainda destacar quais são os principais atos praticados pelo administrador carcerário durante a execução penal.

À partir daí, no terceiro capítulo será exposto sobre a natureza híbrida da execução da pena, bem como a contraposição entre as decisões do administrador carcerário e do magistrado. Assim, ao final serão destacadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça frente a esse conflito de poderes.

Por fim, o presente trabalho será desenvolvido pela pesquisa bibliográfica existente na área, tais como em obras, artigos e textos jurídicos, fontes jurisprudenciais, monografias, periódicos e demais instrumentos autorizados, que poderão ser encontrados através da rede mundial de computadores. Assim como, pela análise de casos práticos com o amparo e fundamento para exposição das ideias e do tema a ser apresentado.

## **1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PENA, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS**

O presente capítulo tem por objetivo abordar o desenvolvimento histórico da pena e dos sistemas penitenciários, tendo como marco fundamental o Movimento do Iluminismo. Assim, será realizada uma contraposição com a realidade dos dias atuais, bem como discutir os fundamentos e os princípios que circundam o instituto da pena.

O chamado Século das Luzes constituiu significativo avanço para a sociedade, em especial no que tange às medidas penalizadoras. Assim, como bem explica Oswaldo Henrique Duek Marques, como forma de reação aos cruelíssimos e arbitrários atos de punição em nome do absolutismo, o Iluminismo surgiu com a própria evolução da humanidade, no século XVIII, influenciando a Revolução Francesa e a consagração dos princípios concebidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (MARQUES, 2008, p. 77).

Nesse liame, inegável é a importância do Período Iluminista no pensamento punitivo, pois o que outrora era praticado autoritariamente, agora prescindia de provas para ser concretizado. Logo, houve uma ampla modificação no processo penal e nas penas que poderiam ser impostas, abandonou-se assim, a concepção do ser humano como mero objeto, que deu lugar ao homem encarado como tal (GRECO, 2012, p. 87).

No entanto, constatou-se que o avanço idealizado no Período Iluminista não se perpetuou ao longo dos anos, vez que os preceitos idealizados na época em comento, não foram concretizados até os dias atuais. Logo, ao analisar a realidade que circunda os estabelecimentos penais, verifica-se que esta não se difere muito do ocorrido na antiguidade e criticado pelo Iluminismo.

Desse modo, as atrocidades cometidas na Idade Média somente mudaram de forma, vez que agora é como se estivessem “legalizadas” pelo Estado, pois este torna-se conivente com a situação ao aceitar as condições desumanas presentes nos estabelecimentos penais. Assim, conclui-se que a pena continua a ser executada de forma arbitrária, tendo início com um processo penal sem a devida defesa, e que se prolonga ao cumprimento da pena distante dos olhos do Judiciário e com as mínimas condições humanas.

## 1.1 Desenvolvimento Histórico da Pena

A existência de uma sociedade harmoniosa necessita do imprescindível estabelecimento de regras básicas de comportamento, sendo essas legitimamente ditadas pelos Poderes regularmente constituídos (GRECO, 2012, p. 19). Logo, o Direito nasce da premissa de conservação da paz social, com o intuito de regular os conflitos oriundos da vida em sociedade.

À vista disso, no momento em que os direitos e interesses do indivíduo são violados em determinadas proporções e não sendo os demais meios de controle social eficazes para solucionar os conflitos e promover a harmonização social, sobrevém o Direito Penal, com natureza intrinsecamente particular de promover o controle social, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas motivadas pela desinteligência dos homens (BITENCOURT, 2012, pag. 19).

Nesse liame, a partir da ideia do contrato social, no qual os particulares entregaram todo o poder ao Estado, surge o denominado *ius puniendi*, entendido de forma objetiva como aquele que por intermédio do Poder Legislativo, sob o crivo dos sistemas de freios e contrapesos do Poder Executivo, cria normas de natureza penal, proibindo ou impondo um determinado comportamento, sendo que a transgressão a tais normas implica em uma sanção. Assim, pelo enfoque subjetivo do *ius puniendi*, através do Poder Judiciário, o Estado executa suas decisões contra o transgressor do comando normativo (GRECO, 2011, p. 19).

Corroborando com o exposto, Cezar Roberto Bitencourt leciona:

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com as normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusattionis*, cujo exercício exaure-se com a sentença pena condenatória (BITENCOURT, 2012, pag. 19).

Sobretudo, ainda que a sociedade tenha depositado todo o poder de persecução criminal nas mãos do Estado, é evidente que este deve agir com razoabilidade e justiça, devendo observância aos princípios e a lei, de modo a evitar que injustiças sejam cometidas. Assim o *ius puniendi* não pode ser exercido pelo Estado de modo ilimitado e desarrazoado,

vez que além dos limites mencionados, é imperioso atentar-se para a própria condição humana.

De acordo com Beccaria “[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2012, p. 99).

Apesar disso, ao longo da história nem sempre o poder punitivo e a pena foram encarados da maneira acima consignada, pois para se chegar a tal posicionamento foi necessário um longo percurso histórico e evolução do pensamento humano. Assim, das sociedades primitivas à Idade Moderna, o caráter, o modo de aplicação e os objetivos da pena evoluíram de modo bastante significativo, isto é, a vingança e as penas corporais exercidas dos mais bárbaros modos cederam espaço à pena privativa de liberdade, pautada na reinserção e reintegração ao convívio social, muito embora atualmente as dificuldades para efetivação desses preceitos sejam notórias.

Primordialmente, o homem como ser gregário por natureza buscou ligação à sua comunidade com o intuito de obter proteção, logo, as primeiras sociedades estavam assentadas no vínculo de sangue e conseqüentemente, a vingança era a forma de punição presente na época, denominada então como a vingança de sangue. Marques referindo-se a Erich Fromm explica a vingança como “um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto” (FROMM apud MARQUES, 2008, p. 10).

Além disso, as comunidades primitivas também puniam àqueles que violavam os totens e tabus, sendo aquele relacionado à concepção religiosa, moral e da própria organização da comunidade, enquanto o segundo estava atrelado às leis não escritas pela sociedade primitiva, de cunho tradicional, sagrado e hereditário, sendo que sua violação fazia do autor imoral e temerário aos demais membros.

À respeito do tema, Bitencourt esclarece que em razão desta fase ser marcada pela forte crença das divindades, a vingança era tratada como divina, ou seja, o infrator era punido com o intuito de reparar a ofensa causada ao deus. Assim, a infração praticada fazia com que a sociedade castigasse o delinquente, porém, tal castigo estava assentado no sacrifício de sua própria vida.

Outrossim, assevera:

[...] Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente desproporcional, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido<sup>1</sup>. A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. (BITENCOURT, 2012, p. 32).

Segundo Marques, com o transcorrer do tempo, o poder familiar e dos grupos perdeu força gradativamente, em razão de uma limitação exercida por um poder mais centralizado, afastando-se assim a vingança privada como meio de punição. Tal situação pode ser exemplificada com o aparecimento do Código de Hamurabi, no século XXIII a. C., revelando assim, um abrandamento da vingança particular, porém, essencialmente com o mesmo caráter (MARQUES, 2008, p. 12).

Diante disso, no período da Antiguidade cumpre observar que a sociedade da época possuía uma visão teológica, na qual a pena era fundamentada pela religião e mensurada pelos representantes religiosos, os sacerdotes. Assim, a religião exercia um papel extremamente significativo para a sociedade da época, de modo a impedir que a vingança tomasse proporções desordenadas era necessário a substituição pelos sacrifícios.

Destarte, Marques citando Goldkorn sustenta que “o sacrifício aparecia como uma forma aparentemente inteligente de transferir a energia vingativa do pecado para o objeto mágico, o qual era investido de mágica e simbolicamente do poder de purgar os pecados da tribo [...]” (GOLDKORN apud MARQUES, 2008, p. 23-24). Assim, com o objetivo de afastar a fúria dos deuses, o sacrifício revelava-se como verdadeiro santificador da comunidade, de modo que a autoridade religiosa cumpria o papel de representar a vontade divina.

À vista do exposto, é importante destacar que para os diferentes povos da antiguidade a pena possuía o mesmo caráter e finalidade, porém, com peculiaridades distintas, como por exemplo, no Egito Antigo, no qual preponderava a figura de Osíris, deus do Nilo, encarregado de realizar o julgamento dos mortais. Enquanto, na Índia as leis penais encontravam-se no livro de Manu, vez que a pena para os hindus preservava o cumprimento das castas (MARQUES, 2008, p. 26-28).

Já para os hebreus, o direito era confundido com a religião, e sua fonte estava contida na bíblia. Na Grécia não havia a distinção entre o direito da religião, pois as vontades dos

deuses, os quais estavam representados pelos reis, constituíam a fonte suprema de autoridade. Ademais, verifica-se que os deuses eram os únicos encarregados de elaborar leis, e os juízes não passavam de meros instrumentos da vontade divina (MARQUES, 2008, p. 29-33).

Por conseguinte, com o desenvolvimento do pensamento político, houve o enfraquecimento do Estado teocrático, que conseqüentemente ocasionou na indispensabilidade das leis escritas. Verifica-se que em Atenas, a legislação trouxe equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade individual, trazendo a tona os conceitos de humanidade, que de certo modo acabou por contribuir para o distanciamento da vingança divina, oportunidade em que os sofistas passaram a defender que a fonte do conhecimento era oriunda da razão, concedendo espaço para as doutrinas de Sócrates, Platão e Aristóteles (MARQUES, 2008, p. 35).

Em Roma, prevalecia o caráter sagrado da pena, porém, como bem comenta Marques ao citar Mommsen, “as instituições romanas não conheceram nenhum delito sagrado ou religioso, embora as penas públicas tivessem sido concebidas na origem como expiação sagrada. A execução capital, por sua vez, constituía sacrifício, aos deuses, mas por delitos públicos, cometidos, portanto, contra a comunidade” (MOMMSEN apud MARQUES, 2008, p. 40).

Em suma, conforme mencionado, a vingança de cunho religioso foi perdendo sua força e cedendo espaço a um poder mais centralizado, acerca dessa transição, Marques explica que “embora quem violasse os costumes ficasse exposto à vingança divina, o temor dos deuses, na verdade, constituía o receio de uma força social que a cada dia alcançava mais poder. Com o passar dos tempos, a própria vingança privada foi sendo substituída por um poder central, obrigando os contendores a ingressar na justiça” (MARQUES, 2008, p. 32).

Entretanto, Marques esclarece que mesmo que administrada por um poder mais centralizado, os resquícios da vingança privada ainda persistiam, logo, apenas aproximadamente duas ou três décadas antes de Cristo é que ocorreu a substituição da vingança privada pela administração estatal, a qual era exercida por meio do *jus puniendi*. Assim, como o mencionado autor observa “o legislador deixou de manifestar-se em nome dos deuses e passou a exercer seus poderes em nome do próprio povo [...]. A punição passou a interessar exclusivamente à comunidade ofendida pelo crime” (MARQUES, 2008, p. 41).

Em resumo, durante a Antiguidade tem-se que a gestão da pena foi gradualmente deslocada do particular ao poder central, muito embora precipuamente desempenhasse a reparação à divindade ofendida pelo crime, passou a ser reputada como ofensa à própria

sociedade. Assim, tal fato ocorreu especialmente com a criação das cidades, porém, a pena com sua natureza de vingança divina ou pública não foi totalmente extirpada, apesar do advento dos conceitos retributivos e proporcionais de Aristóteles, e a correção do infrator de Sêneca, que constituíram fundamentais avanços no pensamento penal da Antiguidade (MARQUES, 2008, p. 43).

Nesse liame, no período convencionado como Idade Média, a queda do Império Romano fez com que o Ocidente sofresse no campo do Direito Penal, as influências dos “ordálios ou juízos de Deus”. Assim, estas eram assinaladas pelas superstições e pela crueldade, de modo que não permitiam que o acusado se defendesse, devendo inclusive comprovar por meios esdrúxulos sua inocência, que de certa forma já representavam a punição. (MARQUES, 2008, p. 45).

Dissertando sobre o tema, Rogério Greco expõe:

Muito se matou em nome de Deus. Havia os julgamentos conhecidos por “ordálios”, isto é, os “juízos de Deus”, nos quais o acusado pela prática de alguma infração penal era submetido às torturas mais terríveis, a exemplo da simulação de afogamento, da roda, do fogo, da tenaz, do ferro candente e, se não sobrevivesse a isso tudo, ou seja, se não superasse as provas a que era submetido, era um sinal de “Deus não estava com ele” e, com certeza, havia sido o autor do fato que se imputava. Esta era a melhor maneira de ser convencido da sua culpa, pois Deus não o havia livrado da morte (GRECO, 2012, p. 92).

Da mesma forma que o período anterior, Na Idade Média, a privação da liberdade do infrator era tida apenas como meio processual, isto é, não era entendida como pena, vez que a intuição era o de aguardar a aplicação da pena corpórea que recairia futuramente sobre o acusado. Assim, foi um período em que os mais terríveis suplícios e torturas se fizeram presentes, bem como o ser humano dotado de dignidade não era sequer cogitado, pois a própria comunidade da época deleitava-se com os espetáculos de horrores de seus semelhantes (GRECO, 2012, p. 100).

Por consequência, consta-se que essas terríveis práticas perduraram por vários séculos, Marques esclarece que com a passagem do mundo Greco-romano para o medieval, a Igreja teve importante função, uma vez que a fé assinalou a unidade e a estabilidade entre os povos. Diante disso, o homem foi encarado como a imagem e semelhança de Deus, observa-se assim, a existência de uma única divindade, representando o fim do politeísmo (MARQUES, 2008, p. 47).

A partir desse ponto de vista, para a sociedade medieval todas as coisas derivavam de Deus, e conseqüentemente, a punição também tinha por regra geral essa espécie de delegação divina. Logo, nos dizeres de Marques “a pena consistia em uma espécie de represália pela

violação da divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna” (MARQUES, 2008, p. 48).

Além disso, crime e pecado eram constantemente confundidos, uma vez que o infrator também era visto como pecador, por desrespeitar os preceitos sagrados, assim, somente seria salvo para a vida eterna se fosse castigado. Assim, de acordo com Marques, “entre os séculos VIII e XV, o cristianismo se estabeleceu em toda a Europa Ocidental e o direito canônico foi praticamente o único escrito durante quase todo o período medieval” (MARQUES, 2008, p. 49).

Outrossim, prevalecia no espírito humano a impescindibilidade do castigo, que era motivada pelo “sentimento de revolta contra todo aquele que se insurgisse contra os preceitos religiosos. Como o homem medieval era guiado quase exclusivamente pela fé cristã, seu maior inimigo era o herege, contra o qual recaía a vingança, embora coordenada pelo poder central” (MARQUES, 2008, p. 58)

Diante do exposto, observa-se que as penas foram variando de forma significativa ao longo dos anos, logo, até basicamente o período iluminista, as penas possuíam um caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Ademais, a prisão tinha o objetivo de evitar a fuga, a qual poderia inviabilizar a pena corporal que seria aplicada futuramente, ou seja, o corpo do acusado tinha que se fazer presente (GRECO, 2012, p. 86).

Na sequência, a Idade Moderna, período que perdurou dos séculos XV ao XVIII, representou um encadeamento de modificações na estrutura social, particularmente pela transição do Sistema Feudal para o Capitalismo. Nesse aspecto, Marques refere-se a Jorge Miranda, “o Estado absoluto suscitaria objectivamente (ou, se se quiser, dialecticamente) condições de luta pela liberdade. Os seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súditos torna-se-iam cada vez menos admissíveis no ‘século das luzes’” (MIRANDA apud MARQUES, 2008, p. 71).

Mesmo com os anseios por modificações sociais, observa-se que a partir do século XVI, houve uma ampliação relacionada a ideia de aplicabilidade das penas privativas de liberdade. Por sua vez, foi o período de aparecimento das primeiras noções de penitenciárias conhecidas atualmente, que eram então denominadas *Houses of correction* ou *Bridewells*, nas quais o trabalho do preso e sua mão de obra do preso era acentuadamente explorados, em razão do fato de que através destes o infrator poderia ser reformado (GRECO, 2012, p. 102-103).

Por outro aspecto, verifica-se que nesta época o poder não cabia partilhas, ou seja, os monarcas absolutos eram os detentores do poder, de forma que sua soberania era reafirmada durante a imposição da pena, ou seja, a tortura e os martírios empregados na execução daquela tinham por escopo evidenciar o poder do soberano. Assim, “a pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado” (MARQUES, 2008, p. 73).

Pode-se observar então, que até o final da época moderna não houve uma evolução da forma de punição, pois a pena continuou impregnada de fundamentos religiosos, caracterizando uma espécie de represália à violação divina, da mesma forma que acontecia na Idade Média. Logo, a expiação tinha como intuito salvar a alma do infrator considerado pecador para que pudesse usufruir da vida eterna, exercendo assim uma absolvição perante Deus (MARQUES, 2008, p. 77).

[...] Jacques Bossuet afirmava que todo poder era derivado de Deus, que mantém sob sua proteção qualquer governo legítimo, independentemente da forma como foi estabelecido. Por isso, revoltar-se contra o governo estabelecido caracterizava crime de sacrilégio, pela ofensa indireta à autoridade divina. Nesse sentido, como conclui Bossuet, “todos os governos legítimos, qualquer que seja a sua forma, gozam de proteção divina; aquele que tenta derrubá-los é ao mesmo tempo inimigo do povo e inimigo de Deus: isso é muito mais claro e independe da questão de superioridade ou de excelência”. (BOSSUET apud MARQUES, 2008, P. 72).

Nessa esteira, observa-se que a punição moderna permaneceu assentada na intimidação e na teoria da delegação divina, preconizada por Santo Tomás de Aquino, que serviu de apoio à monarquia absoluta de direito divino, de acordo com Bossuet. Logo, os suplícios impostos aos acusados serviam apenas como forma de reafirmar o poder absoluto do soberano, o qual não admitia contrariedades e sequer violação às suas leis, pois caso o infrator assim o fizesse se transformava em inimigo do sistema, e para ele justificavam-se os castigos mais graves, com os requintes cruéis, contra os quais iria opor-se a ilustração do século XVIII (MARQUES, 2008, p. 78).

À vista disso, com a chegada do século XVIII e até meados do século XIX, motivados especialmente pelo pensamento iluminista, foram sendo desenvolvidos novos sistemas penitenciários, nos quais buscava-se salvaguardar a dignidade da pessoa humana, de forma a evitar as punições injustas e degradantes, bem como os meios de tortura, a que eram

submetidos todos aqueles que acabaram fazendo parte do sistema prisional (GRECO, 2012, p. 104).

A respeito do Iluminismo, Marques com precisão assevera:

A reação aos atos de punição cruelíssimos e arbitrários, por meio de suplícios, em nome do absolutismo, surgiu com a própria evolução da humanidade, principalmente com a filosofia do século XVIII. A ilustração desse século influenciou diretamente a Revolução Francesa e, com ela, a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tais princípios, de caráter universal, transformaram-se em dogmas constitucionais de garantias contra o absolutismo e o arbítrio. Com as novas conquistas liberais, ocorreu, no campo penal, o fim gradativo dos suplícios impostas pela vingança pública. A partir de então, deveria a sociedade encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas. Com o fim do absolutismo, as sanções, por via de consequência, perderam a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade. O delinquente, por sua vez, passou a ser considerado violador do pacto social, tornando-se inimigo da sociedade. A pena, nesse contexto, perdia igualmente seu caráter religioso. O predomínio da razão sobre as questões espirituais, por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas, contribuiu para afastar o caráter de penitência, outrora inserido na anatomia dos suplícios. As leis penais e as punições teriam então que passar pelo crivo da racionalidade em interesse da sociedade, afastando-se das justificativas metafísicas ou teológicas, como conclui Oscar Mellim Filho. (MARQUES, 2008, p. 79-80)

Do mesmo modo, Greco sublinha que nesse período, particularmente após a Revolução Francesa, a pena privativa de liberdade passou a ocupar um lugar de destaque, em atenção mesmo a um princípio que, embora embrionário, começava a ser discutido, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Assim, nos dizeres de Foucault, “a partir daquele momento, o sofrimento não mais recairia sobre o corpo do condenado, mas sim sobre sua alma” (GRECO, 2012, p. 87).

Diante disso, é inegável que o período iluminista foi fundamental para o desenvolvimento da finalidade da pena e sua forma de aplicação, pois a partir do momento em que os ideais religiosos foram deixados e razão predominou, houve um significativo avanço para o Direito Penal. Destarte, “não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como um mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado (GRECO, 2012, p. 87).

É importante ressaltar que a realidade presente na sociedade do século XVIII era de terror e muitas desigualdades, no qual as leis existentes eram confusas e com a redação de difícil compreensão, sendo o processo penal era inquisitivo, realizado de forma secreta, no qual o acusado sequer possuía conhecimento das provas que contra ele estavam sendo produzidas. Ademais, a tortura era tida como o meio oficial utilizado pelo Estado para obter a

confissão do acusado, sendo encarada como a rainha das provas, bem como os julgadores tratavam-se de peças frágeis, que estavam a serviço de um governo despótico, sendo sempre parciais, vez que julgavam com desigualdade e de acordo com as classes sociais, e disso resultavam as penas eram indeterminadas, conforme a conveniência do julgador (GRECO, 2012, p. 108).

Assim, a situação acima descrita prevaleceu até o surgimento dos pensadores iluministas, tais como Cesare Beccaria, sobre o qual Marques aduz:

Reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral, Beccaria insurgiu-se de forma abrangente contra as injustiças do absolutismo do século XVIII. [...] sustentou o abrandamento das penas, esclarecendo a importância de ser estabelecida uma relação dialética entre a necessidade da pena, para a prevenção geral, e a liberdade individual, segundo o princípio da máxima segurança, conciliado com o da máxima liberdade. A medida da pena deveria, então, seguir o critério da necessidade para salvaguardar a sociedade atingida pelo crime, dentro do escopo da prevenção geral. Como observa Franco Venturi: “O nó que durante milênios se formou unindo com mil fios pecado e delito, crime e culpa, foi cortado por Beccaria com um único golpe. Que a Igreja, se desejasse, se ocupasse dos pecados. AO Estado cabia apenas a tarefa de avaliar ou ressarcir o dano que a infração da lei havia acarretado ao indivíduo e a à sociedade. O grau de utilidade ou não utilidade media todas as ações humanas. A pena não era expiação.” (2008, p. 81-83)

O grande mérito de Beccaria não lições de Rogério Greco está no fato de ter tido coragem de publicizar os princípios, que já haviam sido discutidos pelos revolucionários franceses. Assim, por meio de fundamentos que contrariavam, perigosamente, os interesses dos detentores do poder da época, logo, tais princípios colidiam frontalmente com os interesses dos administradores (GRECO, 2012, p. 109).

Nesse aspecto, Beccaria também se manifestou contra a crueldade das penas, no qual Marques ressalta o posicionamento de Oscar Mellim Filho, “o indivíduo que pratica o delito, embora ofenda a sociedade, rompendo o contrato social, também faz parte dela, por ser um dos contratantes” (FILHO apud MARQUES, 2008, p. 84).

Além disso, também demonstrou que a tortura é um meio inútil, sendo que “na época da publicação de seu livro, a tortura, oriunda da Inquisição, era largamente utilizada nos processos criminais. Abolida em finais do século XVIII, hoje caracteriza, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, crime equiparado ao hediondo, previsto em legislação específica” (MARQUES, 2008, p. 87).

Sob o mesmo ponto de vista de Beccaria, Marat considerava que toda sociedade bem ordenada priorizava a prevenção dos crimes em vez do castigo, logo, a prevenção daqueles

poderia ser conseguida com a menor pena, bem como argumentava a necessidade das penas serem proporcionais aos delitos, enfatizava:

Ao impor uma pena, não basta satisfazer a justiça, é necessário corrigir os culpados. Se são incorrigíveis, é preciso fazer com que seu castigo redunde em proveito da sociedade. [...] justiça imparcial, sem distinção de classes sociais, que estabeleça penas semelhantes a todo o delinquente pela prática de determinado crime, embora hajam circunstâncias que possam agravar ou atenuar o crime cometido. (MARAT apud MARQUES, 2008, p. 89-90).

Por conseguinte, na segunda metade do século XIX, os princípios da Escola Clássica foram consolidados por Francesco Carrara, que como Beccaria, manifestou-se contrário às penas de morte e aos martírios impostos aos infratores, pois segundo ele a condição humana está acima da prática do delito.

Pelo estudo da Escola Clássica, percebe-se que houve uma grande contribuição para o desenvolvimento do Direito Penal. Inspirada na filosofia das luzes, procurava afastar os ordenamentos jurídicos os suplícios e os castigos corporais. Como consequência de sua doutrina, a pena deixava de constituir vingança em nome do rei e perdia seu caráter religioso. Como observa Alessandro Baratta, ao analisar a corrente clássica: “Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado era assinalados pela *necessidade* ou *utilidade* da pena e pelo princípio de legalidade. MARQUES, 2008, p. 104).

Diante disso, o surgimento da fase humanitária, a sanção penal havia se tornado uma resposta da sociedade à prática do delito, isto é o fim dos suplícios e dos tormentos impostos aos condenados, o corpo deixava de ser objeto imediato do castigo, cedendo lugar à pena de prisão, que prevalece até hoje.

Em contrapartida, o século XX e o início do século XXI, foi assinalado por tentativas de fazer com que o sentenciado, após o cumprimento de sua pena, pudesse voltar ao convívio em sociedade. Assim, a busca pela ressocialização ensejou a implementação de políticas prisionais destinadas à capacitação do egresso, permitindo-lhe, que ao sair do sistema pudesse obter trabalho ou alguma ocupação lícita e não retornasse a delinquir, porém, tal projeto não alcançou sucesso, pois a ausência de condições mínimas para o cumprimento da pena de privação de liberdade fez com que o plano ressocializador fosse deixado de lado (GRECO, 2012, p. 105).

À vista do exposto, tem-se que sob um olhar prático e objetivo, é possível concluir que muitos erros do passado ainda se fazem presentes no século XXI, logo, parece que quanto mais se conhece da atual realidade e a visão da sociedade a respeito da pena e suas

finalidades, percebe-se que ela não se distancia das atrocidades vividas nos primórdios humanos.

Sobre o tema, Greco nas lições de Edmundo Oliveira, com precisão, assevera:

Chegamos ao século XXI sem que nenhum País possa mostrar com clareza, que conseguiu resolver as agruras da execução penal, com a prisão ou sem a prisão, porque o que faz a pessoa se recuperar é tomar consciência do seu significado na sociedade e isso a inoperante política em matéria de resposta penal não conseguiu e não consegue sedimentar. É verdade que, aqui ou ali, pode-se encontrar uma outra experiência bem-sucedida. Contudo, no conjunto mundial, o panorama geral é ruim, daí se concluir que qualquer estabelecimento penal, de bom nível, representa apenas uma olha de graça num mar de desgraça”. (OLIVEIRA apud GRECO, 2012, p. 88).

Parece que a vingança insiste em prevalecer nos dias atuais, em que a própria sociedade anseia para que aquele que infringiu as regras sociais seja violentamente condenado pela Justiça, e por muitas vezes, antes mesmo que se chega ao conhecimento daquela, o próprio ofendido e sua comunidade executa a “justiça” pelas próprias mãos, assim ocorria nas sociedades primitivas e na Antiguidade.

A respeito do assunto, Marques disserta com precisão:

O fundo de vingança, contudo, como realidade intrínseca da natureza humana, permanece, mesmo com o pretendido aperfeiçoamento das penas públicas, e expressa-se com nitidez toda vez que o conflito social não se faz presente ou se mostra ineficaz na solução de crises geradas pelos mais diversos conflitos. Nesse contexto, são exemplos as vinganças entre famílias rivais, que se prolongam por várias gerações, e as guerras entre organizações criminosas, que criam um ordenamento paralelo em face das instituições, comprometendo o tecido social. Os linchamentos públicos constituem outro exemplo de vingança descontrolada, gerada pela repulsa imediata à infração cometida. Com a destruição do autor, busca-se em vão apagar ou compensar o dano por ele causado, gerador da frustração (MARQUES, 2008, p. 14-15).

No que concerne a vingança, Marques esclarece que esta é inerente à natureza humana, se prolonga na história, e sequer é afastada pelos fundamentos científicos das mais variadas finalidades da pena, ou ainda, pelas soluções penais modernas.

Em que pese, na concepção contemporânea, a busca pelo afastamento de justificativas fundadas na vingança, por serem absolutamente incompatíveis com o atual estágio do desenvolvimento do homem, tem-se que aquela ainda predomina. Assim, “somente com a conscientização dessa realidade mítica da vingança existirá a possibilidade de refletir sobre as práticas penais e de humanizá-las, a fim de que, na prática, possam transformar-se e tornar-se efetivamente benéficas para a comunidade” (MARQUES, 2008, p. 21).

Nesse diapasão, no que diz respeito a pena como meio de vingança, Marques citando Funes, assevera “as penas devem inspirar-se em uma ideia de justiça, que corrija o intenso desejo expiatório e anule a vingança. A justiça, ao conferir proporção razoável entre delito, culpabilidade e pena, estabelece a melhor retificação de todo anseio vingativo. A vingança visa ao passado. A justiça deve visar o futuro” (FUNES apud MARQUES, 2008, p. 9).

Por outro lado, a respeito da realidade hodierna, Greco aduz:

Nossos governantes, guardadas as devidas proporções, atuam como se não conhecessem as ruas; nossos julgadores decretam suas decisões como se não conhecessem a realidade social; nossos legisladores criam leis que jamais atingirão as pessoas de classe alta, mas que, por outro lado, oprimem os menos favorecidos. Assim, como na época de Beccaria, os ricos e abastados continuam soltos, por mais grave que tenha sido a infração penal por eles praticada, enquanto os pobres são presos, mesmo que insignificante tenha sido o delito cometido (GRECO, 2012, p. 109).

Portanto, em que pese toda a caminhada histórica pela qual o Direito Penal percorreu, de todo avanço do pensamento humano e dos nobres pensadores, observa-se que ainda existe muito o ser que caminhar e evoluir para se chegar a efetivação dos ideais lançados pelos iluministas.

### 1.1.1 Pena no Brasil

Conforme ensina o Flávio Cardoso de Oliveira, o direito penal nada mais é do que o conjunto de normas que disciplinam o *jus puniendi*. Desta forma, vislumbra-se que quem possui o poder de punir é o Estado e não o particular, ou seja, o direito é ao mesmo passo um dever, visto que o Estado é o detentor de possibilidade de punir e não pode esquivar-se de agir.

Em 1550 quando do Brasil foi descoberto por Portugal, a legislação que passou a vigorar foi a Ordenações Afonsinas, as mesmas de Portugal. Porém não vigorou por muito tempo, até ser revogada pela Ordenações Manuelinas.

A Ordenações Manuelinas tiveram início em 1512, porém ficou pronta em 1521. O objetivo dessas ordenações seria apenas satisfazer a vaidade de D. Manuel, pois eram apenas cópia da anterior Ordenação.

Com relação ao Direito Penal em território brasileiro só foi possível com as Ordenações do Rei Felipe II, ou seja, surgiu o primeiro código penal em território brasileiro

(Código Filipino), que tinha como fundamentos os preceitos religiosos mesclados o crime, e este com relação direta ao pecado, contendo punições severas, tais como açoites, queimaduras, mutilações, etc (DUARTE, 1999).

Em sete de setembro de 1822, com a proclamação da independência do Brasil. O famoso grito do Ipiranga, ocasionou a emancipação política do território brasileiro do até então “Reino de Portugal, Brasil e Algarves” (DUARTE, 1999).

Com a Constituição de 1824, ficou estabelecido que deveria ser elaborado uma adequada legislação penal, o que ocorreu apenas em dezesseis de dezembro de 1830, ocasião em que Dom Pedro I sancionou o Código Criminal do Império, que teve influência do Código Francês e Napolitano. O Código Criminal do Império possuía muitas qualidades, mas, ainda externava defeitos, como o fato de não definir culpa e tratar de maneira desigual o indivíduo no momento de aplicação da pena (DUARTE, 1999).

Em onze de outubro de 1890 é editado o Código Criminal da República, que suportou diversas críticas possuir lacunas e defeitos, pois foi feito a pressa. Mesmos os diversos defeitos, este código foi considerado um avanço no campo do direito penal da época. São destaques deste código a abolição da pena de morte e a implantação do regime penitenciário para o fim de correccional.

Com o surgimento do Decreto n. 22.213 de quatorze de dezembro de 1932, onde o desembargador Vicente Piragibe recebeu a tarefa de consolidar a legislação penal, surge assim a Consolidação das Leis Penais de Piragibe (também chamada de Estatuto Penal Brasileiro), que vigorou até o ano de 1940 (DUARTE, 1999).

O Código Penal de 1940, foi criado de um projeto de Alcântara Machado, e começou a vigorar em primeiro de janeiro de 1942, planejada, para que tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal começassem a vigorar em conjunto. Este código era considerado eclético, pois não seguia escolas ou correntes específicas. Conforme Magalhães Noronha, o Código era considerado uma obra harmônica, onde tanto as ideias modernas doutrinárias como as legislações anteriores foram prestigiadas. Também foi considerado pelo Congresso de Santiago do Chile como um processo jurídico, tanto em estrutura como técnica.

Em 1969, o professor Nelson Hungria, propôs um anteprojeto, com a finalidade de mais mudanças na legislação penal brasileira, que veio a ser convertido em lei, porém foi revogado 1978. (DUARTE, 1999)

Em 1980, foi proposta uma revogação no código até então vigente. Em 1891, foi publicado o anteprojeto que por sua vez foi aprovado, autorizando modificação na parte geral.

Junto com a nova parte geral foi promulgada a Lei de Execução Penal (lei que regula a execução das penas e as medidas de segurança) (DUARTE, 1999).

## 1.2 Sistemas Prisionais e Teoria da Pena

Conforme GRECO (2012) os sistemas prisionais passaram por evoluções, devendo se destacar os sistemas pensilvânico, auburniano e progressivo. Assim, destaca que:

No Sistema pensilvânico ou da Filadélfia, também conhecido como celular, o preso era recolhido à sua própria cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia. Notícia Manoel Pedro Pimentel que “este regime iniciou-se em 1790, na Walnut Street Jail, uma velha prisão situada na Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos (GRECO,2012).

No sistema pensilvânico somente impôs o isolamento em celas individuais para aqueles que eram considerados os de maior periculosidade, e os outros eram apenas mantidos em celas comuns que tinham permissão para trabalhar em grupo.

Greco (2012) destaca que o sistema de pensilvânico resultava fracasso, pois recebia diversas críticas com relação a impossibilidade de readaptação social do condenado, em face de ser um sistema severo e seu completo isolamento.

Com falhas no sistema pensilvânico surgiu a necessidade de melhorar, surge assim o sistema auburniano, tal sistema adotou a regra do silêncio bem como o trabalho comum, porém só era possível a conversas entre os presos na presença dos guardas, conforme BITENCOURT, 2012, p.148:

O modelo auburniano, da mesma forma que o filandélfico, pretende, consciente ou inconsciente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema.

Seguindo os passos do sistema pensilvânico, o auburniano sofreu várias críticas, em relação as censuras e aplicações de castigos cruéis e excessivos. Conforme Pimentel (1983,apud, GRECO,2012):

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de boca

de boi. Falhavam também o sistema pela proibição de visitas, mesmos dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.

No Brasil adotou-se o sistema progressivo, em que o indivíduo compre a pena em três fases: 1º) isolamento celular diurno e noturno, 2º) trabalho em comum sob a regra do silêncio e liberdade condicional e o 3º) é posto em liberdade. Segundo Damásio de Jesus, o Brasil não adotou o sistema progressivo, mas sim, uma forma progressiva de execução de pena.

Conforme a Lei de Execução Penal em seu artigo 112 demonstra:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando 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 vendam a progressão.

Porquanto, dentro os sistemas prisionais elencados o Brasil adotou o sistema mais adequado a ressocialização do preso, adotando o sistema progressivo de pena.

Conforme elencado nos tópicos anteriores, a pena é uma sanção penal, ao lado de uma medida de segurança, que tem como objetivo a privação ou restrição de um bem jurídico protegido ao um autor de um ato ilícito.

Conforme Denise Cristina Mantovani, no Brasil, a sanção penal tem tríplice finalidade: retributiva, preventiva geral e especial e reeducativa ou ressocializadora.

Quando trabalhos o tema pena é necessário fazer um adentro as teorias da pena, a primeira teoria trabalhada é a teoria absoluta ou retributiva em que adota o posicionamento de que a pena é uma forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, é a maneira do Estado lhe contrapesar pelo possível mal causado à uma pessoa específica ou a própria sociedade como um todo (GROKSKREUTZ, 2010).

Segundo NETO (1999, p.15) descreve:

Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. HEGEL assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já KANT disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. Como afirma FERNANDO FUKUSSANA, a culpabilidade do autor é compensada pela imposição de um mal penal. Conseqüência dessa teoria é que somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção pena.

Porquanto, a teoria absoluta tem por finalidade retribuir, tendo por característica a negação do direito, ressaltando que os demais efeitos secundários da pena em nada influenciam em seu verdadeiro fim, que seria estritamente o de punir o criminoso. (NETO,1999)

Diante dos fundamentos demonstrados constata-se que a teoria absoluta ou retributiva tem como único intuito punir o condenado, retribuir o mal causado, como um touro mal consistente na aplicação da pena, deixando o mesmo encarcerado, para que este usufrua das consequências de seu crime. (GROKSKREUTZ,2010)

A próxima teoria debatida é a relativa ou preventiva, que tem como fundamento a prevenção de novos delitos, é uma forma de prevenir outros atos praticados pelo indivíduo. Conforme Paulo S. Xavier de Souza:

De acordo com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar a justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentido preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (ne peccetur) (SOUZA,2006 p.75)

A teoria que prevalece em nosso sistema jurídico é a mista, unificadora ou eclética nessa teoria a pena é tanto uma retribuição ao condenado pela realização de um delito, como om forma de prevenir a realização de novos delitos (GROKSKREUTZ,2010)

Conforme Souza (2006, p.85) descreve:

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinqüente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais.

### 1. 3 Princípios Fundamentais

Após elencar as principais funções da pena, é de grande valia trazer ao trabalho os princípios norteadores à execução das sanções penais.

Bonavides (2006) considera os princípios a “viga mestra do sistema jurídico”, o que equivale dizer que é a partir deles que se deve nortear a atividade jurídica.

Conforme o artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e o artigo 1º do Código Penal, a pena a ser aplicada deve estar contida previamente em lei, sendo inadmissível que seja tal punição cominada em regulamento infralegal. Trata-se do princípio da legalidade.

Partindo do mesmo ponto a Constituição Federal e o Código Penal também traz o princípio da anterioridade, ou seja, para que possa ser válida a pena aplicada, deve estar vigendo a norma no momento em que foi praticada a infração penal.

Outro princípio é da personalidade, devemos destacar como um dos maiores princípios no refere-se à personalização da pena, ou seja, conforme o artigo 5º, XLV da CF, a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado.

O princípio da individualidade refere-se a necessidade da apreciação pontual do delito, para que assim, a pena seja imposta ao criminoso de acordo com o seu grau de culpabilidade, conforme JESUS (2003, p. 53) “*Nullum crimen sine culpa*” A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico.

A pena deverá ser aplicada sempre que se configurar simetria perfeita entre o tipo penal e atitude empregada, trata-se do princípio da inderrogabilidade.

Conforme JESUS (2003, p. 53), a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Ou seja, a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor, trata-se do princípio da proporcionalidade da pena.

Outro princípio é o da humanidade que se refere as vedações expressas da lei, proibindo as penas de caráter perpétuo, desta forma, o réu deve ser tratado como pessoa humana.

Porquanto, percebe que o legislador criou caminhos que devem ser seguidos na aplicação e execução da punição, concedendo ao julgador poderes para através de sua percepção dos fatos aplicar ao condenado o peso justo da penalização, com fundamento idôneo na aplicação da pena.

## **2. ATOS ADMINISTRATIVOS E A EXECUÇÃO PENAL**

Nesse ponto, cumpre argumentar essencialmente sobre os aspectos do ato administrativo, pois conforme já mencionado, a Execução da Pena somente se concretiza perante o Poder Executivo, logo, este representado pelos administradores públicos e agentes, são os responsáveis pela mais variada gama de atos administrativos.

Desse modo, serão abordados no presente capítulo os princípios que circundam a atividade administrativa, bem como seus atributos e por fim, os principais atos administrativos praticados pelo administrador carcerário no processo de Execução Penal.

Portanto, abordar objetivamente sobre o direito administrativo e seus atos, facilita a compreensão dos possíveis conflitos que possam advir da relação com o Poder Judiciário, que tema do próximo capítulo.

### **2.1 Princípios Norteadores da Atividade Administrativa**

Precipualemente é importante ressaltar que o Direito Processual Penal está ligado ao Direito Administrativo de um modo bastante peculiar, pois que a responsabilização penal, buscada durante a persecução criminal somente vem a ser concretizada por meio dos comandos da Sentença Penal Condenatória, que por sua vez ganha efetividade pela Execução Penal, a qual somente se desenvolve nos Estabelecimentos Penais, que são objeto de administração do Poder Executivo.

Nesse liame, é de fundamental importância conhecer a sustentação principiológica que permeia o Direito Administrativo, a fim de obter uma maior compreensão a estreita ligação dos ramos do Direito acima mencionados. Assim, todos os atos administrativos, especialmente os praticados no decorrer da execução penal, deverão fiel observância aos princípios que adiante serão tratados.

#### **2.1.1 Princípio da Legalidade**

Como princípio basilar que circunda toda a atividade administrativa, o Princípio da Legalidade exerce indubitável função no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, previsto explicitamente no artigo 37 e no artigo 5º, inciso II, ambos da Constituição Federal de 1988, representa uma das principais do administrador público.

Desse modo, se traduz nos ensinamentos do ilustre Professor Hely Lopes Meirelles como o princípio pelo qual o administrador público, no exercício de suas funções, está obrigatoriamente sujeito aos mandamentos da lei, bem como às imposições do bem comum, sendo que dele não pode haver afastamento ou desvios, sob pena de constituir a prática de um ato inválido, implicando a responsabilizações cabíveis (MEIRELLES, 2004, p. 87).

Outrossim, o exercício da atividade administrativa está subordinada ao cumprimento da lei, e conseqüentemente a obediência aos princípios administrativos. Logo, o renomado autor disserta com precisão:

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajuste ao honesto e ao conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa (MEIRELLES, 2004, p. 87).

Sob outro ponto de vista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aduz que o princípio da legalidade “nasceu com o Estado de Direito e constitui umas das principais garantias de respeito aos direitos individuais. [...] Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa” (DI PIETRO, 2012, p. 64).

Diante do exposto, tem-se que o princípio da legalidade constitui verdadeiro limitador da atividade administrativa, pois permite que o administrador público somente atue de acordo com o que permite o ordenamento jurídico vigente, de modo a evitar condutas que não estejam em consonância com o interesse público e a coletividade.

## 2.1. 2 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade está previsto no artigo 37, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º, *caput*, e parágrafo único da Lei nº 9.784/99. Assim, nas lições de Meirelles “constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública” (MEIRELLES, 2004, p. 89).

Nesse sentido, o mencionado autor se referindo a Maurice Hauriou, assinala:

Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - de *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas

da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa. a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segunda as exigências da instituição a que serve a finalidade de sua ação, o bem comum (MEIRELLES, 2004, p. 89).

De acordo com Di Pietro, ocorrerá ofensa ao princípio da moralidade quando se observar que o comportamento da Administração ou do administrado na relação jurídica administrativa, mesmo que em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. (DI PIETRO, 2012, p. 79).

E ainda, a renomada autora exemplifica a situação em comento, referindo-se a Augustin Gordillo, do estudante que viola os meios de aplicação de provas, o do professor que não cumpre seu papel em sala de aula. Assim, “todos aqueles que exercem uma atividade qualquer sem dedicação, sem responsabilidade, sem vocação, sem espírito de servir à comunidade” (GORDILLO apud DI PIETRO, 2012, p. 80).

Por fim, Meirelles completa que a moralidade administrativa está estreitamente ligada a boa administração, pois a partir da competência legal, o administrador deve observância aos preceitos normativos vigentes, bem como a moral comum. (MEIRELLES, 2004, p. 90).

### 2. 1. 3 Princípio da Impessoalidade ou Finalidade

Previsto no artigo 37, da Constituição Federal de 1988, também aparece implicitamente no artigo 2º parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.784/99. Desprende-se do princípio da impessoalidade ou finalidade que a administração pública não pode atuar de modo a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, isto é, o interesse público é o norte da atividade administrativa (DI PIETRO, 2012, p. 68).

Por outro lado, os atos administrativos são imputáveis diretamente ao órgão ou a entidade administrativa, as quais representam o Estado. Logo, não há responsabilização direta ao funcionário que os pratica, vez que ele é o autor institucional do ato. (GORDILLO apud DI PIETRO, 2012, p. 68).

Meirelles assim ressalta:

Nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. Esse princípio deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas. [...] Exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. [...] Veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade [...] (MEIRELLES, 2004, p. 91-92).

Em síntese, a administração, em razão do dever de observar o interesse público, não pode ao bel-prazer favorecer ou prejudicar seus administrados. Assim, também, o agente público é entendido como a representação do Estado.

#### 2. 1. 4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está expresso no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como pode ser encontrado em outros dispositivos, como por exemplo, no artigo 5º e incisos X, XI, XII, XIV, XXXIII, LX e LXXII, da CF.

Por esse princípio extrai-se a necessidade, pelo qual os atos praticados pela administração pública sejam divulgados, salvo as hipóteses que exigem o sigilo e estão predeterminadas em lei.

Em consonância com Meirelles, “a divulgação oficial do ato para conhecimento público é o início dos efeitos externos”. Assim, é importante observar que o princípio em comento abrange toda a atuação administrativa, em razão da divulgação oficial dos atos e do conhecimento da conduta de cada um de seus agentes é de fundamental observância para a atividade administrativa (MEIRELLES, 2004, p. 93).

#### 2.1. 5 Princípio da Eficiência

Também previsto no art. 37, da Constituição Federal de 1988, concerne ao modo de atuação do agente público, pois dele se espera o melhor desempenho possível dentro de suas atribuições, com o intuito de obter os melhores resultados. Ademais, em relação ao modo de

organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2012, p. 84).

Outrossim, Hely Lopes Meirelles aduz:

Exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (2004, p. 96).

Diante disso, conclui-se que o princípio da eficiência, como próprio nome já diz, o agente público, deve cumprir suas atividades da melhor e eficiente forma possível, de modo a alcançar a finalidade pública a que se objetiva.

#### 2.1. 6 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, e no artigo 29 parágrafo 2º, ambos da Lei nº 9.784/99, tem por objetivo tentar impor limitações à discricionariedade administrativa, vez que em determinada medida amplia o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Logo, o princípio em tela, necessita de proporcionalidade com vistas a observar os meios que utiliza, bem como os fins que visa alcançar, isto é, deve haver uma medida em consonância com a sociedade, e não somente pela lei (DI PIETRO, 2012, p. 80).

Por outro lado, Meirelles argumenta que o princípio da proporcionalidade pode ser compreendido como o relativo à proibição do excesso, o qual tem por objetivo “aferrir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”. Logo, tem-se que a razoabilidade, “não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do interprete” (MEIRELLES, 2004, p. 92).

Citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Meirelles aduz que a razoabilidade “atua como critério, finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto”. Assim, é necessário que haja a relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência (MOREIRA NETO apud Meirelles, 2004, p. 93).

#### 2.1. 7 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Citando Ada Pellegrini Grinover, Meirelles acentua que “a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.” (GRINOVER apud MEIRELLES, 2004, p. 101).

Assim, como ocorre em todos os processo e procedimento de uma forma geral, na atividade administrativa não seria diferente, há a necessidade de observância dos consagrados princípios.

## 2. 1. 8 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica está previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, logo, é importante observar que não representa um princípio eminentemente do Direito Administrativo, vez que as mudanças são constantes em todos os ramos do direito.

Assim, Di Pietro esclarece:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inegável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa (DI PIETRO, 2012, p. 85).

Por sua vez, Meirelles destaca a segurança jurídica como uma das vigas mestras da ordem jurídica, e se referindo a Almiro do Couto e Silva, assevera:

Um dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele esta visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito.”(COUTO E SILVA apud MEIRELLES, 2004, p. 96).

Portanto, pelo fato do direito ser frequentemente objeto de mudanças sociais, há a necessidade de que a atividade administrativa conceda a seus administrados a segurança jurídica necessária.

### 2. 1. 9 Princípio da Motivação

Por este princípio, determinado no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9784/99, a “Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.” (DI PIETRO, 2012, p. 82).

Nesse sentido, de fundamental importância para que seja exercido o controle da legalidade da atividade administrativa, ele não prescinde de formas especiais, sendo que na maioria das vezes é encontrado como pareceres, laudos e relatórios. (DI PIETRO, 2012, p. 83).

Cumprido destacar o posicionamento de Hely Lopes Meirelles a respeito do tema:

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de direito) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação ainda é obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF de 1988. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória. [...] A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo, legal em que se funda. (MEIRELLES, 2004, p. 99).

Conclui-se do princípio em comento, que determinados atos administrativos sejam devidamente motivados pelo agente público, uma vez que deve haver a estrita observância à legalidade, para que a discricionariedade não extrapole seus limites.

### 2. 1. 10 Princípio da Supremacia do Interesse Público

De especial importância, o princípio do interesse público está previsto no art. 2º, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 9.784/99.

Especialmente ligado ao princípio da finalidade, Meirelles aduz que “é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares” (MEIRELLES, 2004, p. 101).

Exemplificando o princípio em comento, Maria Sylvia assinala:

[...] por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado. (DI PIETRO, 2012, p. 67).

Portanto, compreende-se que pela supremacia do interesse público o interesse particular sofre uma grande delimitação, com o intuito de atingir o bem comum.

#### 2. 1. 11 Presunção de Legitimidade ou Veracidade

Maria Sylvia esclarece que “a presunção de verdade, diz respeito à certeza dos fatos”; de outro lado, “a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até a prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes”. (DI PIETRO, 2012, p. 69).

Por tal motivo, as decisões administrativas possuem execução imediata, bem como têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, mesmo que independentemente de sua concordância, aliás, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração Pública, mediante meios diretos ou indiretos de coação. (DI PIETRO, 2012, p. 69).

#### 2. 1. 12 Princípio da Especialidade

De acordo com Maria Sylvia, tal princípio é decorrente dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, concernente à ideia de descentralização administrativa. Assim, ilustra que o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas, como forma de descentralizar a prestação de serviço e a partir daí a lei estabelece as finalidades daquele novo ente (DI PIETRO, 2012, P. 69).

#### 2. 1. 13. Princípio da Autotutela

Decorrente do princípio da legalidade e consagrado nas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, “a autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente do recurso ao Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2012, p. 70).

## 2. 1. 14 Continuidade do Serviço Público

De acordo com Maria Sylvia é a forma a qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, ou seja, ele não pode parar.

## 2. 2. Atributos do Ato Administrativo

Em um primeiro momento, é importante compreender o que a doutrina assinala por ato administrativo, assim Maria Sylvia lecionada que trata-se da “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, 2012, p. 203).

Outrossim, a mencionada autora apresentava o conceito formado por José Cretella Júnior, sendo “a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”. (DI PIETRO, 2012, p. 201).

Nesse liame, Hely Lopes Meirelles leciona:

A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. [...] A prática dos atos administrativos cabe, em princípio e normalmente, aos órgãos executivos, mas as autoridades judiciárias e as Mesas legislativas também os praticam restritamente, quando ordenam seus próprios serviços, dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções sobre matéria de sua privativa competência. Esses atos são tipicamente administrativos, embora provindos de órgãos judiciários ou de corporações legislativas, e, com tais, se sujeitam a revogação ou a anulação no âmbito interno ou pelas vias judiciais, como os demais atos administrativos do Executivo. (MEIRELLES, 2004, p. 146-147).

Desse modo, depreende-se do conceito do renomado autor que o ato administrativo nada mais é do que “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administradores ou a si própria” (MEIRELLES, 2004, p. 146).

No que se refere aos atributos dos atos administrativos, os quais são objeto do presente tópico, tem-se que estes são representados pela presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade.

Desse modo, os atos administrativos já surgem com a presunção da legitimidade, ou seja, se é ato administrativo, é presumidamente tido como fiel à lei. Assim, Meirelles explica que tal atributo se dá em atos administrativos como os atestados, certidões, informações e declarações da Administração, e por isso essa razão usufrui de fé pública, bem como que tenham início imediato, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.

Importante ressaltar que para Meirelles, a presunção de veracidade é inerente à própria legitimidade, vez que se refere aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, que são objetivamente tidos como verdadeiros até que se prove o contrário.

Em relação à imperatividade, verifica-se que este atributo impõe determinada coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Assim, decorre da existência do ato administrativo, independentemente de sua declaração de validade, por isso, deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico. (MEIRELLES, 2004, p. 158).

Maria Sylvia assinala que a imperatividade trata-se do “atributo pelo qual os atos administrativos se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância, decorre da prerrogativa que tem o poder público de por meio de atos unilaterais, impor obrigações a terceiros”. E complementa, que o mencionado atributo “existe naqueles atos que impõe obrigações, quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como licença, autorização, permissão, admissão) ou de ato apenas enunciativo (certidão, atestado, parecer). (DI PIETRO, 2012, p. 207).

Já em relação a autoexecutoriedade tem-se que esta assentada na possibilidade de certos atos administrativos terem imediata e direta execução pela própria Administração, prescindindo de ordem judicial. (MEIRELLES, 2004, p. 159).

Sob outra ótica, a autoexecutoriedade se traduz no fato em que o “ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de

intervenção do Poder Judiciário, desde que expressamente prevista em lei” (DI PIETRO, 2012, p. 207).

Por fim, Di Pietro refere-se a um quarto atributo, qual seja, a tipicidade, sendo esta decorrente do princípio da legalidade. Logo, o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei, sendo aptas a produzir determinados resultados, vez que para cada finalidade objetivada pela Administração subsiste um ato definido em lei. (2012, p. 208).

### **2.3 Os atos administrativos praticados na Execução Penal e a Discricionariedade**

Em razão da Execução Penal se desenvolver perante o Poder Judiciário e o Executivo, e neste mediante os órgãos e estabelecimentos penais, os quais são representados pelas autoridades administrativas. Logo, estas, por sua vez atuam de perto na fiscalização, acompanhamento e cumprimento da pena, assim, cumpre ressaltar os principais atos administrativos realizados por essas autoridades, que possuem discricionariedade para atuar perante cada caso.

Nesse diapasão, as deliberações como a qualificação do comportamento do condenado, de extrema importância para obtenção de benefícios, bem como a atribuição da gravidade da falta disciplinar, que tem como possíveis consequências à instauração de processo administrativo e aplicação do regime disciplinar diferenciado, são de responsabilidades exclusivas das autoridades administrativas.

Desse modo, a essa parcela de liberdade decisória concedida às autoridades administrativas dá-se o nome de discricionariedade. Todavia, é imprescindível que haja respeito ao Princípio da Legalidade, ou seja, a autoridade administrativa tem o poder de tomar decisões, desde que estas estejam em conformidade com a lei.

Nesse liame, para obtenção da progressão de regime são necessários dois requisitos, o objetivo e o subjetivo, o primeiro refere-se ao lapso temporal de cumprimento de pena, previsto no artigo 112 da Lei nº 7210/84, sendo aferido de acordo com o Cálculo de Pena. Já o subjetivo concerne à postura do sentenciado durante o cumprimento de sua reprimenda, ou seja, se ostentou ou não bom comportamento carcerário, sendo que tal requisito se materializa por meio do parecer disciplinar, ato administrativo praticado exclusivamente pelo diretor do estabelecimento penal.

Sobre o comportamento carcerário, Renato Marcão assevera:

Bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional, e bem por isso não há cogitar, quando da elaboração do “atestado”, de eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido preso etc. Se a lei exige apenas o cumprimento de parte da pena à satisfação do requisito objetivo (1/6 na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados) e a comprovação de bom comportamento carcerário para atender alguma valoração subjetiva, embora falha, é o que basta que se comprove para a progressão. (MARCÃO, 2012, p. 41).

Por conseguinte, outro aspecto de valoração do administrador carcerário concerne à valoração das faltas cometidas no curso do cumprimento da pena. Logo, consideradas em leves, médias e graves, as primeiras são objeto de enumeração do legislador de cada região, enquanto as graves estão previstas no artigo 118, inciso I e artigo 50, ambos da Lei de Execução Penal.

Assim sendo, as faltas disciplinares são classificadas por intermédio do diretor do estabelecimento penal, que após seu cometido, aquele é obrigado a noticiar o Juiz responsável pela Execução e a partir daí tomar as medidas cabíveis, que podem ensejar na regressão de regime de cumprimento de pena, e até mesmo em regime disciplinar diferenciado, devendo ser instaurado procedimento administrativo para apuração da comentada falta.

Contudo, cumpre destacar: “o tão só fato de o Conselho Disciplinar, ao decidir sobre determinada conduta de sentenciado, qualificá-la de grave, não impede que o Juiz, com base na Lei de Execução Penal, entenda de modo diferente, pois o Magistrado não está vinculado à classificação feita pela Administração Penitenciária” (MARCÃO, 2012, p. 59).

Nesse liame, o diretor do estabelecimento penal também possui atribuição para atestar o comportamento carcerário do preso quanto à obtenção da remição, prevista no artigo 126, da Lei de Execução Penal. Todavia, não basta somente atestar a conduta do preso, pois o próprio administrador do estabelecimento penal é o responsável por inseri-lo junto ao trabalho ou estudo.

Para a obtenção do livramento condicional da pena, considerado a última etapa de cumprimento da pena, é necessário o parecer disciplinar, emitido pelo administrador carcerário.

Em suma, são atribuídas ao diretor do estabelecimento penal as mais variadas ações relativas ao cumprimento da pena, e além daquelas referentes à fiscalização e acompanhamento. Assim, o administrador carcerário exerce fundamental papel no processo

de execução, sendo que em muitas situações à obtenção de determinado benefício ou progressão junto ao Juízo competente, fica condicionado a seu parecer.

### **3. AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO PROCESSO DISCIPLINAR E OS REFLEXOS PRÁTICOS**

O presente capítulo tem como objetivo apontar o encontro entre a atividade jurisdicional e a administrativa, destacando assim, seus principais aspectos. Logo, tratar da natureza híbrida da execução da pena é de especial relevância compreensão do tema.

Por conseguinte, contrapor as distinções e ao mesmo tempo a ligação que o magistrado e o administrador carcerário exercem durante a execução da pena.

Por fim, e não menos importante, cumpre destacar o posicionamento atual do Superior Tribunal Federal perante as diferentes competências.

#### **3.1 Da natureza “híbrida” da atividade administrativa na execução penal**

Buscando cumprir o comando da sentença penal condenatória, o processo de execução assume contornos distintos dos presentes na persecução criminal. Assim, executar a pena deixa de ser apenas responsabilidade do Poder Judiciário, e passa a ser também do Executivo.

Dessa maneira, é imperioso destacar que o Juiz da Execução tem como incumbência decidir sobre todos os incidentes ocorridos no decorrer do cumprimento da pena, sendo considerado como o responsável por delinear os rumos do processo. Logo, a Lei nº 7210/84 determinou nos artigos 2º, 65 e 194, que o procedimento presente no processo executório é jurisdicional.

Nesse sentido, a mencionada norma, elenca em seu artigo 66, as atribuições do Juiz no processo executório, as quais concernem a decisões como progressão e regressão de regime, a concessão do livramento condicional, da remição e detração da pena, a autorização de saídas temporárias, bem como a declaração da extinção da punibilidade, dentre outras.

Além disso, as decisões do Juiz não ficam restritas ao rol exemplificativo do artigo supracitado, pois a Constituição Federal/1988 consagra no inciso XXXV, do artigo 5º, o Princípio da Inafatibilidade da Tutela Jurisdicional, que inclui no âmbito da execução penal que todas as situações ocorridas em seu curso poderão ser apreciadas pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a execução penal somente se desenvolve por intermédio do Poder Executivo, mediante os órgãos e estabelecimentos

penais, os quais são representados pelas autoridades administrativas, estas que atuam de perto na fiscalização, acompanhamento e cumprimento da pena.

À vista disso, a lei concede determinada margem de liberdade para que as autoridades administrativas tomem suas decisões frente a cada caso. Logo, deliberações como a qualificação do comportamento do condenado, de extrema importância para obtenção de benefícios, bem como a atribuição da gravidade da falta disciplinar, que tem como possíveis consequências à instauração de processo administrativo e aplicação do regime disciplinar diferenciado, são de responsabilidades exclusivas das autoridades administrativas.

Desse modo, a essa parcela de liberdade decisória concedida às autoridades administrativas dá-se o nome de discricionariedade. Todavia, é imprescindível que haja respeito ao Princípio da Legalidade, ou seja, a autoridade administrativa tem o poder de tomar decisões, desde que estas estejam em conformidade com a lei.

Em síntese, a legalidade tem como objeto evitar que abusos e arbitrariedades sejam cometidos por parte das autoridades dos estabelecimentos penais. Logo, é justamente nesse ponto que se desenvolve a problematização desta pesquisa, pois qualquer desvio de poder pode acarretar em consequências injustas para o sentenciado, ainda mais quando o Poder Judiciário tende a se afastar do acompanhamento da pena.

### **3.2 Da exequibilidade das decisões do administrador carcerário versus a atividade jurisdicional**

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “atos discricionários são aqueles que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade, e do modo de sua realização”. Todavia, a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, uma vez que esta representa a ação contrária ou excedente a lei, sendo sempre ilegítima e inválida. (MEIRELLES, 2004, p.166).

Desse modo, o mencionado autor completa que a discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e diversidade de problemas que o Poder Público tem como missão solucionar para fins de atender o interesse público. Logo, a lei, por mais casuística que fosse, não poderia sequer prever todas as situações e soluções.

Nesse liame, para que haja o efetivo desempenho das funções da Administração Pública perante o organismo estatal, é necessário que aquela disponha de poderes lhe

assegurem uma posição de supremacia sobre o particular, pois sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Todavia, tais poderes encontram limitações nos postulados básicos do ordenamento jurídico, como por exemplo, o princípio da legalidade, com o intuito de impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. (DI PIETRO, 2012, p. 218).

Além disso, cumpre observar:

Quando se justifica a competência discricionária, a faculdade discricionária, o poder discricionário da Administração, não se está justificando qualquer ação arbitrária, realizada ao arrepio da lei. A atividade discricionária não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão como observância e sujeição a ela. Para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato (MEIRELLES, 2004, p. 167).

Importante observação se faz quanto a citação de Meirelles, “a discricionariedade está - doutrina Fleiner - em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei”. (FLEINER apud MEIRELLES, 2004, p. 167).

Sob outra ótica, Di Pietro leciona:

A lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. Pode-se concluir, que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito (DI PIETRO, 2012, p. 219).

Diferentemente dos atos vinculados, que segundo Maria Sylvia, “cabrá ao Judiciário examinar, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa

conformidade inexistiu.” Já com relação aos atos discricionários, “o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.” (DI PIETRO, 2012, p. 220).

Desse modo, oportuna as palavras de Di Pietro a respeito da Administração Pública e o Poder Judiciário:

[...] a discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador, este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção, sendo qualquer delas será legal. Assim, não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. [...] o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade (DI PIETRO, 2012, p. 224).

Diante disso, algumas teorias tem sido elaboradas para fixar os limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes fazem parte de uma tendência no sentido de limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, tal fato em razão da imprecisão das leis. (DI PIETRO, 2012, p. 225).

Citando Celso Antonio Bandeira de Mello, Di Pietro ressalta:

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Judiciário (DI PIETRO, 2012, p. 226).

Por fim, a mencionada tendência refere-se a ampliação do alcance do Judiciário frente aos atos administrativos discricionários, porém, importante asseverar que não constitui na invasão da discricionariedade, mas sim, dar a esta os seus devidos limites, de forma a impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

### **3.3 Análise da Jurisprudência do STJ sobre os conflitos de competência entre o administrador carcerário e o juiz**

Por todo exposto, necessário se faz observar como o conflito entre os Poderes Judiciário e Executivo nos processos de execução tem sido solucionado perante o Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO DE RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERLOTAÇÃO DE PRESÍDIO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DETENTOS POR PORTARIA DO JUIZ CORREGEDOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. 1. A Carta Constitucional estabelece como núcleo dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse aspecto, ainda que seja afastada, legalmente, a liberdade como resultado de um processo criminal, tal aspecto não importa, conseqüentemente, a abdicação da dignidade anteriormente referida, pois atributo inerente a todo ser vivente racional. 2. In casu, constatada pela Vigilância Sanitária a inadequação física e sanitária de habitabilidade, correta se apresenta a limitação do número de detentos em presídio. Ademais, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, a edição de portarias pelo Juiz Corregedor do Presídio Regional de Mafra/SC, vedando o ingresso de novos presos no estabelecimento prisional até o alcance do limite de 150, ainda que extrapolando a capacidade máxima originária de 72 homens e de 15 mulheres, mostra-se razoável e proporcional. Realça-se que, quando da limitação, o referido ergástulo já acolhia 201 detentos. 3. **Uma vez provocada, a prestação jurisdicional efetuada pelo Poder Judiciário não implica interferência nas atribuições constitucionais do Poder Executivo, pois o sistema de freios e contrapesos assegura a independência e a harmonia referida no art. 2º da Constituição Federal e concretiza, nas situações autorizadas, como no presente caso, a dignidade da pessoa humana, meta central da Carta Magna de promoção do bem-estar do homem.** 4. O art. 66 da LEP (Lei 7.210/84) delega ao Juiz da Execução tarefas de natureza eminentemente administrativa, não apenas no aspecto de fiscalização, mas também de intervenção, se e quando necessário. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 09/09/2014, T5 - QUINTA TURMA) *Grifo nosso.*

Oportuna também se faz a citação do julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE VEDAR A RECOLHA DE PRESOS NOS CÁRCERES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DETERMINAR A TRANSFERÊNCIA DE PRESOS PARA LOCAIS APROPRIADOS (ART. 88 DA LEI N. 7.210/1984) E REFORMAR OU CONSTRUIR NOVAS CELAS. - Os riscos e infortúnios objeto da vertente demanda são perseverantes e, de maneira designada, quanto à versada omissão em satisfazer normas dos arts. 88 e 104 da Lei n. 7.210, de 1984, datam, com todo rigor, de 13 de janeiro de 1985, dia em que passou a vigor essa Lei n. 7.210. - Não se cuida, portanto, de um problema novo, de uma falta de observância de súbita emergência da normativa de arquitetura carcerária, mas, isto, sim, de longa marginação do preceito do art. 88 da Lei n. 7.210/1984. - **O tempo razoável do exercício de poderes administrativos deve mensurar-se pelos motivos determinantes e pelo fim com que se praticam ou se omitem, de maneira que não fica à margem de alguma forma de possível controle judicial.** - Esse controle, no entanto, na esfera da discricionariedade administrativa ou

**política, apenas pode exercitar-se: (a) diante do suposto inicial de alguma remissão a maltrato de direitos fundamentais; ou, mais além, (b) em face de razões invalidantes da omissão ou atuação administrativa, porque então nelas se apontariam defeitos de motivação ou de finalidade; considerando-se, nesse âmbito, ainda e de toda a sorte, as equações influentes, as financeiras em especial. - Fora desses limites, não cabe cogitar do controle judiciário da competência discricionária administrativa, ainda que só relativa ao tempo de atuação do administrador, porque então esse controle judicial seria apenas um substitutivo tão discricionário quanto o poder substituído. - Consonância de entendimento com acórdãos paramétricos desta Corte (v.g., AC 994.03.064859-2 - Des. RUI STOCO, AC 9257260-25 -Des. AROLDO VIOTTI, AC 726.713 -Des. PIRES DE ARAÚJO, AC 0071422-44 -Des. FRANCISCO VICENTE ROSSI e AC 375.746 -Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR). Não provimento da apelação. (TJ-SP , Relator: Ricardo Dip, Data de Julgamento: 11/08/2015, 11ª Câmara de Direito Público)Grifo nosso.**

À vista disso, o Poder Judiciário e o Executivo, como autônomos que são, possuem atribuições distintas, porém, em determinado ponto, como no caso abordado neste trabalho, qual seja na Execução Penal, um depende do outro para que a finalidade pública seja atendida. Assim, conflitos são eminentemente naturais a tais situações, porém, quando um extrapola seus limites, necessariamente deverá ocorrer a interferência do outro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi analisado no presente trabalho, através da pesquisa bibliográfica pode-se chegar a formular algumas conclusões acerca do tema do abordado. Deste modo, a pena é uma sanção imposta pelo Estado, o qual utiliza do seu *jus puniendi*, que consiste na privação ou restrição de um bem do indivíduo como consequência jurídica a prática de um delito. A partir dessa perspectiva a pena tem como finalidade principal punir o infrator e promover sua readaptação social.

Desse modo, cumpre destacar que a partir do momento em que se concretiza o *jus puniendi*, por intermédio da Sentença Penal Condenatória, nasce automaticamente, para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário, a obrigação de executar a pena, e promover ao mesmo a resposta social exigida pela sociedade, porém, sem deixar de observar os preceitos e princípios fundamentais que circundam o instituto da pena.

Contudo, dessa relação advém um possível conflito de competência entre os mencionados poderes, pois em razão da execução da pena desenvolver-se efetivamente perante a atividade administrativa, nos presídios e estabelecimentos penais, autoridade responsável tem o chamado poder de discricionariedade.

Todavia, a discricionariedade, como foi abordada neste trabalho, não pode extrapolar os limites determinados pelos princípios, especialmente ao da legalidade. Assim, conclui-se que os atos das autoridades administrativas devem ser corretamente motivados, bem como apresentar-se em consonância à lei.

Por fim, é necessário que haja a possibilidade do Juízo das Execuções acompanhar com maior proximidade os procedimentos administrativos, bem como verificar se os limites da discricionariedade não foram ultrapassados, de forma a assegurar o irrestrito direito à defesa do sentenciado.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gustavo Portela Barata de. **A inaplicabilidade da Lei de Execução Penal e seus reflexos nos reclusos e egressos do cárcere em Sorocaba**. São Paulo: PUC-SP, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 7ª ed. São Paulo: Martin Claret: 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. 20. ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em: 06 jan. 2015.
- BRASIL, **Código de Processo Penal**, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del13689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13689compilado.htm)> Acesso em: 06/01/2015.
- BITENCOURT. César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO NETO, Inacio, **Aplicação da Pena**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DAMÁSIO DE JESUS. **Direito Penal 1, Parte Geral**, 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução Histórica do Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano4, n.34,1ago.199. Disponível em :<http://jus.com.br/artigos/933>>. Acesso em 14/10/2015
- GONÇALVES FILHO, Luiz Carlos. **A lei de Execução Penal e os efeitos decorrentes da prática de falta disciplinar de natureza grave**. São Paulo: PUC-SP, 2006.
- GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jul 2010. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7815](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815) >. Acesso 14/10/2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. único. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MANTOVANI, Denise Cristina. No tocante à teoria geral da pena, qual a finalidade desta sanção penal no Brasil. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2183645/no-tocante-a-teoria-geral-da-pena-qual-a-finalidade-desta-sancao-penal-no-brasil-denise-cristina-mantovani-cera> acesso em 03 de novembro de 2015

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES. Oswaldo Henrique Duek Marques. **Fundamentos da Pena.** 2º Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29ª Ed, atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX).** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OLIVEIRA, Juliano Golçalves Tavares de. **Processo Administrativo Disciplinar na Execução Penal: (in) observância as garantias constitucionais no sistema penitenciário do Paraná.** São José dos Pinhais: PUC-PR, 2011.

PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. **O direito de punir da Constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade.** Fortaleza: UNIFOR, 2007.

SOUZA, Paulo S. Xavier, **Individualização da Penal: no estado democrático de direito,** porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006,