

DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL NA EXECUÇÃO PENAL

DÉCIO SEIJI FUJITA¹

RESUMO

Os princípios como regra são os pilares de todo o ordenamento jurídico, havendo desse modo quem diga que ferir um princípio é muito mais grave do que afrontar uma lei. O direito penal, assim como a Lei de Execução Penal são ramos do direito público, sendo que aquela regula as condutas tidas como as mais perniciosas, vale dizer, as condutas mais graves que causam repugnância à sociedade, ao passo que esta regulamenta a forma de cumprimento das penas impostas aos infratores, lembrando que o direito processual penal regula tanto o procedimento em que se dará esta condenação, assim como o procedimento da execução criminal. Desse modo, deve haver uma perfeita simbiose entre a maneira em que se dá a condenação penal e a forma como é realizado o cumprimento da pena, sendo certo que ambas devem obedecer a certos princípios. No decorrer deste trabalho será observado que grande parte dos princípios de direito penal são aplicáveis na execução penal, como são os casos do princípio da legalidade, da anterioridade, do contraditório e da ampla defesa, dignidade da pessoa humana etc. O grande dilema da execução penal diz respeito ao famoso regime disciplinar diferenciado que para muitos afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, já que se caracteriza por ser muito severo a ponto de se submeter o preso a tratamento até desumano e degradante.

Palavras-chave: princípios, direito penal, direito processual penal, lei de execução penal, princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Penal e Tributário, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Bauru.

SUMÁRIO

1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	03
2 – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE.....	05
3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	07
4 – PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, OBJETIVO DA EXECUÇÃO PENAL E NATUREZA JURÍDICA.....	10
5 – CONCLUSÃO.....	13
REFERÊNCIAS.....	15

1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Inúmeros são os princípios formulados para garantir a justa e correta aplicação do Direito Penal. Eles estão consagrados entre nós principalmente no artigo 5º da Constituição Federal, além, é claro, do Código Penal.

O princípio da legalidade constitui norma básica do Direito Penal moderno, representando talvez a mais importante conquista de índole política (o qual, segundo alguns estudiosos do direito, está sendo violado pelo Regime Disciplinar Diferenciado, conforme será demonstrado no decorrer da explanação.

No direito brasileiro tal princípio se encontra previsto no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como no Código Penal, o qual se inicia enunciando o mais importante de seus princípios: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Ressalte-se que a Lei de Execução Penal também deve seguir os ditames desse princípio, como bem observou Renato Marcão

a Lei de Execução Penal está submetida aos ditames dos princípios da reserva legal e da anterioridade da norma (na há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, art. 5º, XXXIX, da CF; art. 1º do CP), de maneira que não pode haver falta ou sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar².

Este artigo 1º consagra a tradicional e indispensável regra de que não pode haver crime nem pena sem lei anterior. Isto significa que nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior a sua prática (e não apenas ao seu julgamento) o defina como tal.

A origem remota do princípio da legalidade está na Magna Carta do rei João Sem Terra em seu artigo 39; já a causa próxima desse princípio está no Iluminismo (século XVIII), tendo sido incluído no artigo 8º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

² MARCÃO, Renato, *Curso de Execução Penal*, 4ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2007. p. 33.

Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime.

Duas regras fundamentais ou dois outros princípios decorrem do princípio da legalidade: o princípio da reserva legal e o princípio da anterioridade.

Segundo o princípio da reserva legal somente uma lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Essa definição só pode ser veiculada por lei no seu sentido mais estrito, ou seja, lei federal oriunda do Congresso Nacional (Poder Legislativo).

Desse modo, medida provisória não pode veicular matéria penal (artigo 62, § 1º, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal), nem lei delegada (artigo 68, § 1º, inciso II, da Constituição Federal).

Ainda dentro do princípio da reserva legal, deve-se analisar a seletividade do tipo penal, uma vez que cabe ao legislador selecionar entre todas as condutas do gênero humano, as mais perniciosas para então descrevê-las como crimes.

As condutas assim consideradas devem ser descritas de forma detalhada, vale dizer, com todos os seus elementos. E se assim não for feito, a reserva legal não se realiza, estando proibido o emprego da interpretação extensiva, bem como o uso da analogia.

2 – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Pelo princípio da anterioridade, conclui-se que a lei penal deve ser anterior à prática do delito, ou seja, para que qualquer fato possa ser considerado crime, é indispensável que a vigência da lei que o define como tal seja anterior ao próprio fato. A pena cabível também deve ter sido anteriormente cominada.

Ressalte-se que muito embora a doutrina majoritária entenda não haver diferença conceitual entre legalidade e reserva legal, Fernando Capez na sua arguta concepção afirma que

dissentindo desse entendimento, pensamos que princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação leal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação). Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade³

Como consequência dessa anterioridade, tem-se que as leis penais são editadas para o futuro e não podem ter efeito para o passado, a menos que seja para favorecer o agente. Essa irretroatividade da lei penal mais severa encontra-se prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Daí se conclui que a regra é que a lei penal não pode retroagir, sendo que, excepcionalmente, a lei penal poderá retroagir, ou seja, sempre que beneficiar o réu.

Não se pode deixar de esclarecer que as expressões “crime”, “pena” e “lei” têm um sentido amplo quando são usadas para definir o princípio da legalidade. Assim, a expressão

³ CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*, 8ª edição, vol. 1, ed. Saraiva, São Paulo, 2005, pág.40.

“crime” compreende, também, as contravenções; a palavra “pena” inclui as mais diversas restrições de caráter penal (penas privativas de liberdade, restritivas de direito, multa) e “lei” significa toda norma de caráter penal elaborada na forma que a Constituição prevê, abrangendo não só o Código Penal, mas também as demais leis penais especiais.

Finalmente, ressalte-se que o princípio da legalidade constitui verdadeiro anteparo da liberdade individual, visto que é fundamental e inarredável em matéria de restrição da liberdade. Sendo assim, esse princípio se torna indispensável à segurança jurídica e à garantia da liberdade de todas as pessoas, pois impede que alguém seja punido por um comportamento que não seja considerado delituoso ou que não o era à época de sua prática.

Nessa esteira de raciocínio, o Regime Disciplinar Diferenciado parece ferir frontalmente esse princípio, já que impõe um regime de cumprimento de pena mais severo, mesmo aos que praticaram delitos anteriormente a instituição desse regime e, ainda pior, impõe esse regime até aos presos provisórios que nem condenados foram.

3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal também consagra como princípio fundamental o do respeito à dignidade humana (artigo 1º, inciso III), considerado como epicentro axiológico da Constituição, do qual resultam princípios como o da igualdade (artigo 5º, *caput*), da proibição da analogia “in mallan partem” (artigo 5º, inciso XL), da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII), bem como o princípio da humanidade, o qual está intimamente ligado ao da dignidade humana, na medida em que são proibidas penas humilhantes, degradantes, cruéis (artigo 5º, XLVII) etc.

Em razão de o Direito penal ser fragmentado, uma vez que ele não protege todos os bens jurídicos, mas somente aqueles considerados mais importantes, daí se extraem os princípios da fragmentariedade e da seletividade, pois o tipo penal exerce uma função seletiva, cabendo ao legislador selecionar entre todas as condutas humanas, as mais perniciosas para descrevê-las como crime.

Devem ser citados também o princípio da insignificância, segundo o qual não se movimenta a máquina judiciária quando a lesão é mínima, ínfima e o princípio a intervenção mínima do qual decorre que o Direito Penal só deve intervir quando os outros ramos do direito não resolverem o problema.

Ressalte-se ainda, o princípio da culpabilidade como pressuposto da aplicação da pena, uma vez que o juiz faz um juízo de valor, de censurabilidade sobre o autor da infração penal, disso decorre que não se aplica sanção se o agente não for culpável.

Os princípios do Direito Penal estão presentes inclusive na condenação e cumprimento da pena, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade entre o fato cometido (ação) e a sanção imposta (reação); do “non bis in idem” que impede que uma mesma circunstância seja considerada mais de uma vez em prejuízo ao réu; da personificação da pena do qual emana que o condenado tem que ser tratado individualmente, evitando-se, assim, a massificação na execução penal.

No que tange a esse último, verifica-se que Regime Disciplinar Diferenciado acaba por infringi-lo, na medida em que basta que o agente pratique crime doloso e subverta a ordem ou disciplina interna, ou se apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou se sobre o agente recair fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, para incluí-lo nesse regime rigoroso, massificando a execução penal.

Finalmente, o princípio do devido processo penal do qual decorrem inúmeros outros, senão vejamos: contraditório, ampla defesa, publicidade, juiz natural, duplo grau de jurisdição etc.

O princípio do contraditório possibilita que as partes se manifestem a respeito de todos os atos do processo, sendo exigida, para tanto, a intimação prévia dos envolvidos.

A ampla defesa engloba a autodefesa que permite a presença do réu na coleta da prova e, principalmente, o direito de ser ouvido e de propor provas, e a defesa técnica, a qual é exercida por meio de advogado.

A Constituição Federal estabelece também o princípio do juiz natural, uma vez que prevê em seu artigo 5º, LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e mais, no inciso XXXVII, do mesmo artigo diz que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Há ainda entendimento sobre a existência do princípio do promotor natural, já que “ninguém será processado... senão pela autoridade competente”, ou seja, o promotor de justiça ou procurador da república (se ação penal pública).

Embora se sustente que o duplo grau de jurisdição não esteja previsto na Constituição Federal nem mesmo de forma implícita, é inegável sua existência e sua aplicação na execução penal, ainda que por meio de lei infraconstitucional apenas. Fundamenta-se no inconformismo humano diante de uma decisão que não atenda aos desejos da parte, bem como na possibilidade de serem proferidas decisões injustas por conta da falibilidade do ser humano.

Em decorrência disso, o reexame da decisão feito por outro órgão garante uma solução mais justa, tendo em vista que a questão foi analisada novamente e por pessoas mais experientes na maior parte das vezes, já que nos Juizados Especiais Criminais os recursos são

julgados por Turmas Recursais compostas de juízes de 1º grau, como aquele que proferiu a sentença recorrida.

Por fim, sem esquecer que há ainda inúmeros outros, cita-se o princípio da publicidade, artigo 5º, LX, da Magna Carta, segundo o qual os atos processuais são públicos, salvo para preservar a intimidade do indivíduo ou o interesse social o exigir.

Talvez, sem o aludido princípio, não houvesse como garantir a aplicação de todos os outros, principalmente o do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, o qual em seu sentido adjetivo nada mais é do que a soma de todos os demais princípios.

4 - PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, OBJETIVO DA EXECUÇÃO PENAL E NATUREZA JURÍDICA

Para aplicação da pena, é cediço que o autor da ação penal, seja o Ministério Público na ação penal pública, seja o querelante na ação penal privada, se valham do processo para obtenção da satisfação punitiva, ou seja, a condenação.

Obtida a condenação passa-se a fase da execução penal, na qual também devem ser observadas os princípios e garantias previstas na Constituição da República, tais como os já citados princípio da legalidade, imparcialidade do juiz, devido processo legal, verdade real, persuasão racional ou livre convencimento motivado entre outros.

Na lição de Paulo Lúcio Nogueira

estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida de sua finalidade⁴

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, no seu artigo 8^a, prevê:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

⁴ Paulo Lúcio Nogueira, *Comentários à Lei de Execução Penal*, p. 7.

Saliente-se que, ainda, é de fundamental importância o princípio da personalidade ou princípio da intranscendência, prevista no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República, segundo o qual expressa que a pena não pode ultrapassar a pessoa do autor da infração.

De outro lado, sabe-se que o legislador penal adotou sistema vicariante para aplicação da pena (afastando o sistema do duplo binário que permitia a aplicação de pena e medida de segurança simultaneamente) e, tendo em vista que a execução penal tem por objetivo efetuar as disposições da sentença ou decisão criminal, nos termos do artigo 1º, da Lei 7.210/84, verifica-se que constitui pressuposto da execução a existência de sentença proferida por juiz criminal, a qual tenha aplicado pena, seja ela privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Dessa forma, objetiva-se pela execução penal fazer cumprir o comando emanado pela sentença penal condenatória ou absolutória imprópria (a qual difere da absolutória própria que isenta o réu da pena), visando à integração social do condenado ou do internado, pois foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não se contenta somente com a prevenção, mas também com a já citada humanização da pena.

E, como para o correto cumprimento da execução da pena, deve ser observado o procedimento legal, bem como os princípios constitucionais, surgiram duas correntes sobre sua natureza jurídica, se jurisdicional ou administrativa.

A solução para tal dicotomia é extraída dos ensinamentos de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio que afirmam

para o primeiro posicionamento a execução penal tem natureza jurisdicional, o que significa afirmar que haverá jurisdição durante todo o procedimento executório, com a presença constante do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos de interesse surgidos entre o Ministério Público, em defesa da sociedade, e o sentenciado. Esse posicionamento pressupõe a existência do devido processo legal durante toda execução da pena, e, conseqüentemente, a aplicação dos princípios da ampla defesa

e contraditório. Para o segundo posicionamento, a execução penal tem natureza meramente administrativa, não havendo processo e tampouco aplicação da jurisdição. No Brasil, a execução da pena tem natureza, predominantemente, jurisdicional, existindo como regra momentos jurisdicionais e episódios administrativos. Mas, mesmo nesses, resguarda-se sempre o acesso ao Judiciário⁵

E concluem

o caráter da execução criminal é de processo judicial contraditório, devendo ser observados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, não sendo lícito ao juiz deferir, denegar ou revogar benefícios, da mesma forma que é impossível extinguir a pena sem ouvir, anteriormente, as partes interessadas⁶

A implicação da natureza jurídica, se jurisdicional ou administrativa, tem relevância no estudo do Regime Disciplinar Diferenciado na medida em que, se entender que a imposição desse regime tem caráter meramente administrativo, será imposto pelo diretor do estabelecimento prisional sem a oitiva da autoridade judicial, ao passo que se entender jurisdicional será submetido ao crivo do juiz.

Adiantando, notamos que no regime disciplinar diferenciado sempre será dado vista à autoridade judicial, mesmo em se tratando de isolamento preventivo.

⁵ MORAES, Alexandre e SMANIO, Gianpaolo Poggio, *Legislação Penal Especial*, 6ª edição, ed. Atlas, São Paulo, 2002, pág.155-156.

⁶ MORAES, Alexandre e SMANIO, Gianpaolo Poggio, *idem*, pág. 156.

5 - CONCLUSÃO

A distinção que se faz entre o direito penal e a execução penal pode ser simplificada de modo singelo no sentido de que aquela antecede esta, uma vez que a execução penal pressupõe uma condenação criminal, cujo procedimento deve obedecer aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Concretizada uma condenação criminal com o trânsito em julgado da sentença condenatória, inicia-se a fase do cumprimento da pena que é regulada pela Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Nesta fase, a execução da pena deve obedecer aos ditames da Lei de Execução Penal, na medida em que prevê a lei os direitos e obrigações do condenado, significando, desse modo, que o preso não perde todos os seus direitos, mas fica, como regra, tão somente privado da sua liberdade decorrente da prática da infração penal.

Dessa forma, nota-se que inúmeros princípios do direito penal são aplicáveis à execução penal, como são os casos do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal, os quais delimitam o âmbito de coerção do Estado.

Exemplo típico da aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal na execução criminal é a vedação da exclusão pela lei de alguma causa extintiva da punibilidade, como por exemplo, seria a exclusão da prescrição da pretensão executória.

Divergência doutrinária há no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o regime disciplinar diferenciado, já que para muitos este regime afronta o indigitado princípio, pois impõe ao preso, condenado ou não, restrições à liberdade muito severas ao ponto de se tornarem desumanas.

De um modo geral, nota-se que os princípios do direito penal devem ser aplicados, no que couber, à execução penal para evitar restrições da liberdade de forma arbitrária pelo Estado, bem como evitar cumprimento de pena ao arrepio da lei.

Importante anotar, por fim, que a execução penal no direito brasileiro é judicializado, na medida em que todos os conflitos de interesses entre a acusação (Ministério Público) e a defesa (condenado) são submetidos à apreciação do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. 9ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21ª edição. vol 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 8ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito penal: parte especial*. 14ª edição. vol. 2. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral*. 3ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

ESTEFAM, André; GONÇAVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*. 4ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade – direito e ciência afins*. 3ª edição. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal parte geral – sinopses jurídicas*. 21ª ed. vol. 7. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

HOUAISS, Antônio. *Mini Houaiss Dicionário da língua portuguesa*. 4ª edição. São Paulo: ed. Moderna, 2011.

JESUS, Damásio de. *Direito penal – parte geral*. 36ª edição. vol. 1. São Paulo: ed. Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*, 4ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de; SMANIO Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à Lei de Execução Penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15ª edição. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2015.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2011.