

# A constitucionalização da execução penal: perspectivas de estudo da aplicação das penas a partir de uma interpretação constitucionalizada

Adriano Resende de Vasconcelos\*

## Resumo

Este trabalho visa estudar a execução penal a partir dos princípios e regras jurídicas, positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. Procurou-se submeter à crítica normas presentes na LEP - Lei de Execução Penal, servindo-se do aparato de uma exegese que prioriza os princípios de interpretação constitucional estudados pela doutrina nacional e que são cânones para se obter a melhor solução dos problemas submetidos à valoração.

**Palavras-chave:** Execução penal. Princípios. Regras jurídicas. LEP. Princípios de interpretação constitucional.

*Sumário:* 1 Introdução. 2 A relação da execução penal e os direitos fundamentais. 3 Princípios constitucionais relevantes em matéria de execução penal. 4 Constitucionalização da execução e outras questões. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

A execução penal trata do conjunto de normas que regulam a aplicação de penas e medidas de segurança em um determinado ordenamento jurídico, abrangendo, no âmbito de seu objeto, os estabelecimentos e os agentes encarregados de fazer cumprir a pretensão punitiva estatal.

Uma das questões mais importantes relacionadas com o estudo desse ramo do direito, em processo de contínua implantação de sua autonomia enquanto disciplina jurídica, envolve a possibilidade de compatibilização das normas da Lei de Execução Penal em relação à Constituição Federal, consagrando o princípio da supremacia da Constituição.

Consoante aponta Nery Junior (2010, p. 41):

O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.

Apenas através de um estudo sistematizado será possível estabelecermos uma linha de leitura que permita a resolução dos problemas que defrontam os intérpretes da Constituição, em especial as autoridades estatais que exercem o poder punitivo e sancionatório. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 1.150):

[...] Se a constituição é uma lei como as outras, em alguma coisa, na verdade, se distingue delas. O carácter aberto e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação criativa e concretizadora dos 'intérpretes da constituição', começando pelo legislador (primado da competência concretizadora do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizador desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão encarregado da 'd direcção política', quer na qualidade de órgão que dirige, superintende e/ou tutela a administração pública. A constituição é uma lei como as outras, mas é, também já o dissemos, uma lei-quadro. Isto explica a assinalável liberdade de conformação dos órgãos político-legislativos encarregados da concretização das normas constitucionais. [...]

Espera-se, assim, que este estudo possa contribuir para que esses objetivos sejam alcançados. Para que esse desiderato seja alcançado, procurou-se estabelecer uma relação entre a execução penal e os direitos fundamentais, além dos princípios que regem a disciplina. Em seguida serão abordadas algumas questões relevantes acerca do assunto, para fins de melhor esclarecimento. A distribuição do artigo em capítulos visa atender ao carácter pedagógico do trabalho, além de servir como referência para melhor compreensão do leitor das etapas percorridas pelo autor no desenvolvimento da abordagem.

## 2 A relação da execução penal e os direitos fundamentais

---

\* Pós-graduando em Ciências Penais pela PUC/MG. Bacharel em direito pela UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. Estagiou na Vara de Execuções Penais do TJMG. Endereço eletrônico: adriano\_resende@hotmail.com

A execução penal é disciplinada pela Lei nº 7.210 (LEP), de 11.07.1984, que na época de sua edição inovou de maneira significativa o ordenamento jurídico que tratava da matéria, apesar de sua positividade ter-se dado sob a égide de um Estado ditatorial, que precedeu a nova ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988.

A elaboração do diploma infraconstitucional prenunciou a superação da ideia de que o apenado não possui direitos, submetendo-se a uma execução forçada. É sujeito de direitos que goza de dignidade, sendo-lhe assegurada uma série de mecanismos judiciais e extrajudiciais para que arbitrariedades sejam superadas ou evitadas.

A mudança de certa forma decorreu da importância conferida aos princípios constitucionais penais, ligados entre si pelo primado da dignidade da pessoa humana. De acordo com Gomes (2009, p. 221): "A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana".

Gradativamente, como bem aponta Albergaria (1994, p. 49), as mudanças na concepção do papel do Estado, sob o marco de um novo constitucionalismo, passaram a se conectar com o começo de um novo trabalho de reconhecimento dos direitos do recluso, relacionado com o tardio reconhecimento dos direitos humanos, após a verificação de abusos e atos de violência que foram observados na primeira metade do século XX.

Documentos internacionais evidenciam a mudança de concepção do papel do Estado, o que inevitavelmente acabaria desembocando em alterações no corpo das constituições. A Declaração Universal de Direitos do Homem elencou que "ninguém será submetido a torturas nem a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes". O Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos enfatiza, em seu art. 10, que: "Toda pessoa privada de sua liberdade será tratada humanamente e com respeito à dignidade inerente ao ser humano".

A positividade da Constituição de 1988 colocou em primeiro plano os direitos fundamentais da pessoa humana, que ocupam um lugar de destaque em seu texto formal. Com isso, foi possível estabelecermos um vetor mais consistente para que novos estudos, voltados à conjugação dos princípios constitucionais com as regras jurídicas infraconstitucionais, pudessem desenvolver-se.

Nesse sentido, Nucci (2010, p. 991) salientou que:

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, como todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, entre outros).

Dessa feita, entendemos que a interpretação das leis e atos normativos que regem a execução penal deve estar em conformidade com a Constituição Federal, evitando-se, assim, que decisões que afetem o interesse dos destinatários da norma sejam dadas de maneira desproporcional, gerando uma série de prejuízos aos mesmos.

A LEP reconhece uma série de direitos do preso, elencados no rol do art. 41 do referido diploma como, por exemplo, o direito de visita dos familiares, o chamamento nominal, o direito à assistência material, jurídica, à saúde, social e religiosa, bem como a proteção a qualquer forma de sensacionalismo e direito à Previdência Social. Importante ressaltar que os direitos conferidos ao preso são *numerus apertus*, não se esgotando nas hipóteses previstas na LEP, exigindo uma interpretação ampliada. O limite da pena é a privação de liberdade do apenado, de modo que direitos e prerrogativas compatíveis com a privação da liberdade devem ser assegurados.

### **3 Princípios constitucionais relevantes em matéria de execução penal**

Deve-se, num primeiro momento, estudar a execução penal através de seus princípios informadores. Estes são indispensáveis para conferir à disciplina sistematização, maior efetividade no emprego das regras, além de contribuir para uma interpretação mais sofisticada dos dispositivos legislativos.

Essas propriedades denotam o sentido político atribuído aos princípios, que contribuem para conectar o arcabouço legislativo com a ordem política vigente, estabilizando necessidades sociais definidas historicamente e que dependem, para que isso ocorra, de ferramentas normativas capazes de renovar o sistema jurídico. Os princípios acabam representando as normas jurídicas por excelência, capazes de imprimir dinamismo ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, de solucionar os conflitos apresentados nas lides forenses e nos debates políticos.

Muitos desses princípios são estudados em outros ramos do direito, e por isso, neste estudo, devem acomodar-se às peculiaridades de seu objeto para uma melhor compreensão de seu significado.

O princípio da legalidade garante a observância do conteúdo da sentença condenatória e das leis vigentes no país. O princípio alcança a taxatividade na fixação das penas e nas medidas de segurança, bem como estende às sanções disciplinares. Procura-se evitar também que sejam elaboradas normas de conteúdo indeterminado e vagas, o que, infelizmente, não se verificou no estabelecimento das hipóteses de falta grave elencadas nos arts. 50 e 51 da LEP.

A legalidade impede que um indivíduo seja repreendido por determinada conduta, nas hipóteses de inexistência de previsão legal específica. Sem sombra de dúvidas, constitui o princípio protetor da pessoa humana por excelência em um Estado Democrático de Direito.

O princípio do contraditório é corolário do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas. Possui como pressuposto o direito das partes de serem informadas de todos os atos processuais, em condições de simétrica paridade na relação processual estabelecida. Com a ciência dos atos processuais, seria possível uma reação impedindo que a parte seja prejudicada pela surpresa.

Fernandes (2010, p. 57) afirma com propriedade que:

[...] No processo penal, é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. [...]

Relevante mencionar também que o contraditório amplia os meios à disposição do Juízo para a tomada da decisão, devendo o magistrado estimular as partes constantemente a se manifestarem, para que, assim, ele possa ter conhecimento de novas provas e alegações. O princípio também permite que as partes exerçam certa capacidade de influência no provimento jurisdicional, razão pela qual se deve incentivar a realização de audiências orais, conforme bem entende Lopes Júnior (2007, p. 375).

A ampla defesa somente pode desenvolver-se num procedimento que efetivamente assegure o contraditório. Isso se justifica por razões lógicas, como a impossibilidade de a parte decidir como deve defender-se, se não tiver acesso aos elementos de informação colhidos em processo. Abrange a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa consiste no direito da parte de decidir se irá defender-se por si mesma, ou se é mais conveniente silenciar, impedindo a produção de prova contra si mesma. O direito é assegurado através de meios como as audiências de justificação designadas pelas autoridades administrativas ou judiciais e as cartas enviadas pelos presos visando a defesa de seus direitos.

A defesa técnica é aquela realizada por quem detenha conhecimentos jurídicos, especialmente advogados constituídos ou defensores públicos. Encontra-se prevista na LEP, no art. 41, incisos VII e IX. Deve-se assegurar a realização do princípio através de meios adequados, como a implantação de salas da Defensoria Pública nos estabelecimentos prisionais, facilidade de acesso do advogado às dependências do presídio desvinculada da necessidade de se apresentar procuração, direito de contato reservado com o seu assistido, dentre outras hipóteses.

Consoante as lições de Dotti (1993, p. 87), é relevante ressaltar que o limite constitucional do princípio da ampla defesa no tocante aos meios processuais encontra a sua razão na vedação de provas ilícitas. Isso quando sua produção viola as normas do ordenamento jurídico. Visa-se zelar também pelo comportamento ético das autoridades públicas que executam as medidas constritivas da liberdade.

Apenas mediante provas obtidas através de um procedimento legítimo, medidas constritoras à liberdade e ao usufruto de outros direitos seriam legitimadas. Entendimento contrário acabaria por sua vez velando na prática um modelo de Estado arbitrário, incapaz de assegurar as garantias fundamentais necessárias para salvaguardar direitos de atos de patente ilegalidade.

A individualização da pena encontra previsão na Constituição Federal, no art. 5º, especificamente no inciso XLVI, nestes termos: "a lei regulará a individualização da pena [...]". O princípio é especificado nas disposições dos incisos XLVIII e L, que asseguram, respectivamente, o cumprimento de penas em estabelecimentos penais diferenciados e a atenção dada à mãe presidiária durante o período de amamentação.<sup>1</sup>

No tocante à execução penal, segundo as lições de Nunes (2012, p. 25), o princípio procura ajustar o cumprimento da sanção penal às peculiaridades do caso concreto, definindo, por exemplo, a necessidade de se alterar a sanção penal a ser empregada, possibilitando a sua observância pelo apenado, qual o estabelecimento mais apropriado para o cumprimento da medida, como os indivíduos devem ser classificados, considerando fatores como a natureza do crime, sexo, idade, personalidade e antecedentes criminais.

---

<sup>1</sup> Art. 5º, XLVIII da Constituição Federal - "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.[...] L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".

Segundo o art. 5º da LEP: "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal".

O princípio da humanidade, por sua vez, consagra que a pessoa que cumpre a pena ou medida de segurança deve ser tratada com respeito, respeitando-se a sua integridade física e psíquica. Desse postulado deriva a sua dimensão negativa, de impedir o cumprimento da pena em condições desumanas e degradantes, que provoquem um sofrimento excessivo. A tortura não é permitida no cumprimento das penas, tampouco devem-se aceitar penas que possuam duração eterna, o que causa grande sofrimento ao recluso, além de impedir que ele contribua para a sua efetivação.

Possui uma dupla dimensão em relação à atuação do Estado, pois, ao mesmo tempo que freia o Estado, impedindo que este cometa excessos, também legitima a sua atuação através do fornecimento dos meios adequados e que estejam de acordo com a valorização da dignidade da pessoa humana.

Franco (2005, p. 64) esclarece que:

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.

Após esta abordagem, passa-se à análise de questões relevantes relacionadas com a execução penal, com base no exposto supra.

#### **4 Constitucionalização da execução e outras questões**

Segundo o art. 226 da Constituição Federal: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

A LEP prestigia a importância da família, ao assegurar o atendimento jurídico a ela através de núcleos especializados da defensoria pública, conforme preconiza o § 3º do art. 16 da LEP.<sup>2</sup> A orientação também pode ser prestada pelo serviço de assistência social, que indiscutivelmente foi valorizado pelo Poder Constituinte, que dispôs sobre o assunto em um dos capítulos.

Vale realçar também que a família é indispensável para a manutenção da integração do preso junto com a sociedade. Por isso, a interpretação da legislação infraconstitucional deve valorizar o seu papel.

Isso de certa maneira acaba atendendo ao princípio da eficácia constitucional integradora, que preconiza que o sistema constitucional deve promover a coesão social, que serve como suporte para que a unidade político-jurídica seja alcançada. A interpretação que melhor se ajusta a esse postulado deve prevalecer sobre as convicções pessoais e sobre qualquer forma de subversão ao texto constitucional que extrapole a finalidade social e integralizadora que uma Constituição Cidadã visa inculcar. Nesse sentido pensa Mendes (2010, p. 178).

Dispõe o art. 103 da LEP que: "Cada comarca terá, pelo menos, 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar". Desse modo, prestigia que o local de efetivação da sanção penal deve dar-se próximo à família, fundamental para a recuperação do preso.

O Ministério Público teve as suas funções ampliadas desde a vigência da Constituição Federal de 1988. Seu art. 127 preconiza que: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Os arts. 67 e 68 da LEP<sup>3</sup> dispõem, em seu conjunto, sobre a diversidade de papéis que são atribuídos a esse órgão especial como a faculdade de fiscalizar a execução das penas e medidas de segurança e

---

<sup>2</sup> Art. 16 da LEP - "Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado."

<sup>3</sup> Art. 67 da LEP - "O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução."

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) a revogação da medida de segurança;

e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.

III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução".

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio."

requerer diligências indispensáveis para a regularidade da tramitação processual e respeito aos direitos fundamentais. Sua atuação se justifica ante a existência de um direito indisponível, correspondente à proteção dos interesses das pessoas condenadas, não apenas no tocante às questões relacionadas com a restrição da liberdade, mas que são afetadas também ao respeito da sua integridade e dignidade na condição de sujeito de direito.

A Defensoria Pública na LEP também ocupa posição de relevo, tendo papel salutar na execução penal, ainda mais considerando que a maior parte dos destinatários das penas e sanções punitivas são indivíduos de baixa renda e que dependem do órgão para que as suas demandas sejam devidamente canalizadas.

Segundo o art. 134 da Constituição, cuja redação foi dada pela recente Emenda Constitucional nº 80, de 2014:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

A LEP trata da assistência jurídica pela Defensoria Pública, conforme dispõe o art. 16 do referido diploma legal. Isso pode se dar dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.<sup>14</sup>

A legislação assegura o direito de assistência ao preso e ao egresso em seu art. 11. Ela pode ser de ordem jurídica, religiosa, material, educacional, social e à saúde.

Muitas dessas formas de assistência na verdade traduzem direitos fundamentais. O direito à educação, por exemplo, deve ajustar-se ao preceituado no art. 205 da Constituição Federal, que dispõe que: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

O mandamento constitucional serve como parâmetro para dimensionarmos o alcance da norma do art. 17 da LEP com a seguinte redação: "A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado".

Dessa feita, o acesso efetivo à educação satisfatória consubstancia direito subjetivo do preso, o que implicaria dizer que até mesmo o acesso à educação superior pode ser assegurado para o preso concluinte do ensino médio, o que atende ao art. 208 da Constituição.<sup>5</sup>

Reunidas as condições para uma nova etapa na formação educacional, o preso passa a gozar do direito a uma educação que proporcione seu desenvolvimento intelectual, o que ampliaria as suas oportunidades de acesso a condições de vida melhores na sociedade. Essa interpretação atende ao princípio hermenêutico de interpretação conforme a constituição, que evita, por exemplo, ampliarmos as restrições da pena além da liberdade física.

## 5 Conclusão

Este artigo procurou estudar o processo de constitucionalização da execução penal, tema ainda bastante deficiente de pesquisas mais aprofundadas, considerando o lento processo de autonomização desse ramo do direito em uma disciplina autônoma.

Procurou-se estudar a constitucionalização da execução penal a partir da evolução histórica que influenciou a elaboração dos diplomas legais hoje vigentes e na maneira de interpretar o ordenamento jurídico, desde uma concepção que considera o preso como objeto de intervenção estatal à condição de sujeito de direitos.

Visou-se compreender os princípios centrais de caráter constitucional que regem a matéria, bem como algumas importantes questões constitucionais que devem ser consideradas na aplicação de penas e medidas de segurança, de modo a minorar os prejuízos daqueles que se submeteram ao programa de execução penal.

O debate em torno da constitucionalização da execução penal contribui também para refletirmos acerca do papel de uma nova ordem jurídica em uma sociedade marcada pela presença de conflitos e como uma constituição aplicada de maneira coerente com seus princípios poderia dirimir muitos dos efeitos deletérios desses antagonismos.

<sup>4</sup> Art. 16 da LEP - "As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais (redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais (incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público" (incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

<sup>5</sup> Art. 208 da Constituição Federal - "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"

## Referências bibliográficas

ALBERGARIA, Jason. O juiz da execução penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, p. 41-57, 1994.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, p. 73-102, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2005.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Luiz Flávio et al. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista*. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Adeldo. *Da execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.