



Execução penal, insignificância e direitos humanos

Penal enforcement, insignificance, and human rights

Ejecución penal, insignificancia y derechos humanos

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2024.e0001>



Ana Lúcia Tavares Ferreira ¹

 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

 <http://lattes.cnpq.br/4159787458331261>

 <https://orcid.org/0000-0002-8709-7970>

¹ Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá | Email: ana.ferreira@defensoria.rj.def.br

RESUMO:

Trata da aplicação do princípio da insignificância no poder disciplinar sancionador no contexto da execução pena privativa de liberdade. O tema será desenvolvido em quatro etapas, além da introdução e considerações finais. Na primeira seção será abordado o princípio da lesividade, expondo-se brevemente as premissas teóricas para sua aplicação no âmbito da execução. O segundo tópico tratará das bases normativas do princípio da lesividade. A terceira seção abordará a relação entre o poder disciplinar sancionador e o princípio da lesividade, buscando-se identificar, a partir da normativa sobre execução da pena privativa de liberdade no Direito Internacional de Direitos Humanos. O quarto tópico tratará especificamente do princípio da insignificância, identificando-se os parâmetros para sua aplicação como instrumento de controle do poder disciplinar sancionador

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos Humanos. Prisão. Tipicidade. Constituição. Lesividade.

ABSTRACT:

This article deals with the application of the principle of insignificance in the disciplinary sanctioning power in the context of the execution of custodial sentences. The topic will be developed in four stages, in addition to the introduction and final considerations. The first section will address the principle of harmfulness, briefly explaining the theoretical premises for its application in the context of execution. The second topic will address the normative bases of the principle of harmfulness. The third section will address the relationship between the disciplinary sanctioning power and the principle of harmfulness, seeking to identify, based on the regulations on the execution of custodial sentences in International Human Rights Law. The fourth topic will specifically address the principle of insignificance, identifying the parameters for its application as an instrument of control of the disciplinary sanctioning power.

KEYWORDS:

Human rights. Imprisonment. Typicality. Constitution. Harmfulness.

RESUMEN:

Se trata de la aplicación del principio de insignificancia en la potestad disciplinaria sancionadora en el contexto de la ejecución de una pena privativa de libertad. El tema se desarrollará en cuatro etapas, además de la introducción y las consideraciones finales. En el primer apartado se abordará el principio de lesividad, exponiendo brevemente las premisas teóricas para su aplicación en el ámbito de la ejecución. El segundo tema se ocupará de las bases normativas del principio de daño. En el tercer apartado se abordará la relación entre la potestad disciplinaria sancionadora y el principio de daño, buscando identificar, a partir de las normas sobre la ejecución de la pena privativa de libertad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El cuarto tema tratará específicamente sobre el principio de insignificancia, identificando los parámetros para su aplicación como instrumento de control de la potestad disciplinaria sancionadora.

KEYWORDS:

Derechos humanos. Cárcel. Tipicidad. Constitución. Lesividad.



1. Introdução

A aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Execução Penal, especialmente no que se refere ao poder disciplinar sancionador, constitui consequência inafastável das concepções ideológicas que subjazem ao seu desenvolvimento dogmático.

Trata-se de instituto fortemente associado à busca de mecanismos de racionalização e contenção do poder punitivo estatal, estruturado a partir das concepções adotadas pelo funcionalismo alemão e das teorias do bem jurídico.

Ainda que inicialmente concebido como mecanismo de controle das decisões legislativas e judiciais de criminalização primária ou secundária respectivamente, justifica-se normativamente a aplicação do princípio da insignificância na execução penal, especialmente no que se refere à pena privativa de liberdade, tendo em vista o reconhecimento da dignidade humana e dos direitos fundamentais das pessoas presas, tanto na normativa internacional de Direitos Humanos, quanto nas legislações nacionais conformadas desde a segunda metade do século XX.

Além disso, as decisões político-criminais produzidas no exercício do poder disciplinar sancionador, seja pelas autoridades administrativas, seja pelas autoridades judiciais, apresentam tanto ou maior risco de lesão aos direitos fundamentais que as decisões político-criminais de criminalização primária e secundária, configurando-se, portanto, igual ou maior necessidade de mecanismos de racionalização e contenção.

Entretanto, a efetiva aplicação do princípio da insignificância como método de controle da intervenção penal é condicionada pelo nível de precisão e consenso alcançados no que diz respeito à referência utilizada na aferição do grau de lesividade da conduta.

Assim, mostra-se necessária uma abordagem específica do tema a partir da moldura normativa da execução penal, extraíndo-se do atual estágio de desenvolvimento da matéria no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o substrato material para o desenvolvimento dos critérios que devem

orientar a aplicação do princípio como garantia de execução penal, especialmente no que se refere à pena privativa de liberdade.

O tema será desenvolvido em quatro etapas, além da introdução e considerações finais. Na primeira seção será abordado o princípio da lesividade, expondo-se brevemente as premissas teóricas para sua aplicação no âmbito da execução. O segundo tópico tratará das bases normativas do princípio da lesividade. A terceira seção abordará a relação entre o poder disciplinar sancionador e o princípio da lesividade, buscando-se identificar, a partir da normativa sobre execução da pena privativa de liberdade no Direito Internacional de Direitos Humanos. O quarto tópico tratará especificamente do princípio da insignificância, identificando-se os parâmetros para sua aplicação como instrumento de controle do poder disciplinar sancionador.



2. Execução Penal e Princípio da Lesividade

A normatização da pena privativa de liberdade desenvolveu-se a partir de duas mudanças de paradigma, no final do século XX, quais sejam: o reconhecimento da posição jurídica de sujeitos de direitos das pessoas privadas de liberdade, no contexto da virada jurisprudencial que importou a superação da doutrina da especial relação de poder (ou de sujeição); e a atribuição de caráter jurisdicional à execução penal. (Rodrigues, 2001, p. 81).

Daí decorre que incide sobre a execução da pena privativa de liberdade o princípio da legalidade, impondo-se ao Poder Legislativo a obrigação de configurar, mediante lei, um sistema de cumprimento de pena certo e conhecido; ao Poder Judiciário, o dever de ajustar suas decisões em matéria executiva à lei; e à Administração Penitenciária, o dever de respeitar o sistema legal na execução da pena privativa de liberdade. (Carou-García, 2017).

A garantia de legalidade na execução constitui importante mecanismo de controle do poder punitivo, na medida em que restringe a margem de

discricionariedade da administração penitenciária, assegurando controle judicial de todos os aspectos da execução penal.

Entretanto, eventuais restrições aos direitos das pessoas presas demandam não só previsão legal, em observância ao princípio da legalidade, mas principalmente, respaldo constitucional, impondo-se à administração penitenciária limitações decorrentes da dignidade humana (Rodrigues, 2000, p. 54).

O reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas presas e a garantia da legalidade podem ser considerados, assim, o ponto de partida para um processo de gradual de conformação de uma normativa de execução penal pautada pelos princípios constitucionais penais, notadamente as garantias processuais (devido processo, ampla defesa, contraditório) e os princípios de contenção do poder punitivo (culpabilidade, lesividade, insignificância fragmentariedade, subsidiariedade (Prado et al., 2015; Netto, 2019; Brito, 2021; Roig, 2023)).

Isso porque, assim como as leis penais em geral, as normas de execução penal constituem produto de variadas opções político-criminais (Tonry, 2007), as quais, não raro, reagem a supostas demandas securitárias, com severas restrições aos direitos fundamentais de pessoas presas (Paiva, 2007; Fernández Abad, 2020), em frontal desconformidade com o texto constitucional e a normativa internacional de Direitos Humanos (Busato, 2004).

A necessidade de racionalização da execução penal demanda, portanto, uma garantia de execução associada aos princípios constitucionais penais, que importe a racionalização e o controle do poder punitivo do Estado, limitando as atividades legislativa, judicial e administrativa, com base em critérios ancorados materialmente (Macri; Castro, 2018).

Assim, a execução da pena privativa de liberdade no Estado Democrático de Direito deve ser dirigida, não só pelo princípio da legalidade, impondo-se a aplicação do princípio da lesividade ou ofensividade como critério orientador de todas as decisões político-criminais que produzam efeitos no âmbito da execução penal, especialmente no que se refere ao regime disciplinar (Roig, 2023, p. 167).

A proposta de aplicação do princípio da lesividade como instrumento de controle do poder disciplinar no âmbito da execução penal foi formulada pioneiramente por Roig, como parte de uma teoria do tipo disciplinar destinada ao controle e limitação racional do poder Estatal, afastando-se, porém, do conceito de bem jurídico e, especialmente, da ideia de ordem e disciplina carcerárias como bens jurídicos (Roig, 2023, p. 166–167) .

A partir da proposta de Roig, pretende-se configurar uma moldura teórica básica, por meio da qual se possa identificar o conteúdo de uma garantia de execução vinculada ao princípio da lesividade, impondo-se, assim, uma ampla revisão do regime disciplinar adotado na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984, doravante, LEP) em todos os seus aspectos, a começar pelas ideias centrais de ordem e disciplina.

A partir da identificação do conteúdo da garantia de lesividade na execução da pena privativa de liberdade e da moldura teórica proposta, busca-se apontar critérios para a aplicação do princípio da insignificância no que se refere ao poder disciplinar sancionador na execução penal.

A abordagem dessa questão deve ser desenvolvida, por sua vez, por meio do enfrentamento de três questões preliminares, a saber: a) identificação das bases normativas do princípio da lesividade; b) identificação do referencial teórico normativo para a aplicação do princípio da lesividade no âmbito da execução penal; c) verificação do potencial impacto da aplicação da garantia de lesividade no regime disciplinar.



3. Princípio da Lesividade e Direito Geral de Liberdade

Tem-se definido o princípio da lesividade (ou da ofensividade) como a exigência de dano a interesse alheio como condição para a incriminação (Rabelo; Vianna, 2018), ou a necessidade de se excluir da possibilidade de criminalização de condutas desprovidas de implicações danosas ou perigosas para bens jurídicos e de afastar a punição de comportamentos humanos que, ainda que produzam dano ou perigo para o bem jurídico, o fazem em “medida absolutamente reduzida”.(Macrì; Castro, 2018).

Sendo função do Estado garantir a coexistência entre cidadãos, admite-se a punição apenas de comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas, excluindo-se do âmbito de incidência do direito penal condutas meramente pecaminosas ou imorais.(Roxin; Luzon Peña; Muñoz Conde, 1981)

Identificam-se, assim, quatro funções do princípio da lesividade, a saber: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (como, por exemplo, atos preparatórios); proibir a incriminação de estados ou condições existenciais que não afetem qualquer bem jurídico (Batista, 1990, p. 92–94).

A quarta função apontada por Batista demonstra que a ideia de limitação das decisões de criminalização às condutas socialmente lesivas foi desenvolvida na tradição jurídico-penal continental, a partir da teoria alemã do bem jurídico, que figura, no âmbito desse marco teórico, como “sinal de lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, ‘revelando’ e demarcando a ofensa”, contribuindo para “a limitação legal da intervenção penal” e, simultaneamente, a legitimando.(Batista, 1990, p. 95)

Já na tradição do common law, a não criminalização de condutas sem lesividade social foi articulada a partir da teoria do harm principle, (Roxin, 2006, p. 54), segundo a qual a interferência estatal no comportamento do cidadão tende a ser moralmente justificada quando é razoavelmente necessária para prevenir o dano ou o risco não razoável de danos a terceiros. (Feinberg, 1984, p. 11)

A bifurcação da teoria e seu desenvolvimento em tradições jurídicas distintas (Rabelo; Vianna, 2018)) (com fundamento em conceitos e premissas diversas), porém produzindo resultados similares (Costa, 2012), permite concluir que o conceito de bem jurídico não tem que necessariamente ser utilizado como referência material na aplicação do princípio da lesividade

Aliás, no que diz respeito ao bem jurídico Dias (2007), aponta, por exemplo, o problema da imprecisão “insuportável quando se queira, como se quer, erigi-las em padrão crítico de toda a criminalização. Décadas de especulação à volta do problema não foram capazes de determinar com um mínimo de segurança em que consistiria a ofensividade ou a danosidade sociais determinantes da ‘essência’ do crime.”(Dias, 2007, p. 110).

Seja qual for o referencial adotado — bem jurídicos, direitos ou interesses—, persiste o problema da delimitação da referência material a ser utilizada na efetiva aplicação do princípio e contenção do poder punitivo do Estado.

Ainda assim, é preciso identificar, em abstrato, algum tipo de referência teórico-normativa que possa ser utilizada como critério balizador para a aplicação do princípio nos casos concretos, de forma que ele possa ser efetivamente utilizado como instrumento de racionalização e limitação do poder disciplinar sancionador na execução penal.

A necessidade da identificação de uma referência teórico normativa do princípio da lesividade decorre da ausência de positivação constitucional específica. Diante da falta de previsão expressa no texto constitucional (Rabelo; Vianna, 2018), busca-se extrair as bases normativas do princípio de forma indireta, a partir de um ou vários dispositivos constitucionais.

Tem-se apontado como fundamento constitucional do princípio da lesividade, os art. 5º, inciso XXXV, e 98, inciso I da CRFB, os quais fazem referência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de cunho instrumental e às infrações de menor potencial ofensivo respectivamente (ROIG, 2023, p. 56); ou o direito geral de liberdade (art. 5º caput CRFB) associado com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CRFB) (Rabelo; Vianna, 2018) ou, ainda, um princípio geral fundamental da tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito (Santos, 2016).

As diferentes posições teóricas apresentadas não são opostas ou excludentes entre si, de forma que, para o desenvolvimento do tema aqui proposto, será utilizada justamente a abordagem centrada no direito geral de liberdade, tendo em vista o potencial de maior rendimento no que se refere à busca de mecanismos de contenção do poder disciplinar sancionador na execução da pena privativa de liberdade.

Nessa perspectiva, identifica-se uma relação entre o princípio da lesividade e a proteção constitucional da autonomia privada, na medida em que, ao proteger a autonomia, Constituição demarca um espaço de autonomia pessoal, no qual o Estado não pode intervir.

O direito à liberdade, na sua dimensão existencial (não patrimonial), assegura à pessoa “ o direito de formular seus próprios planos de vida, seus projetos

existenciais, a partir das suas próprias compreensões sobre que o seja uma “vida boa”, de forma que “desde que não lesem direitos de terceiros” os indivíduos devem poder seguir seus projetos, inclinações e preferências.”(Sarmiento, 2021, p. 220–225)

O fundamento constitucional da garantia da lesividade constitui a liberdade de ação que decorre da autonomia privada em sua dimensão existencial, materializando-se essa garantia na proibição de criminalização de comportamentos não socialmente lesivos. (Rabelo; Vianna, 2018))

Daí decorre que o princípio da lesividade deve ser aplicado no que se refere ao poder disciplinar sancionador na execução da pena privativa de liberdade, utilizando-se como chave interpretativa o direito geral à liberdade, tendo em vista a natureza penal das sanções disciplinares.



4. Regime Disciplinar, Direitos Humanos e Lesividade

A aplicação do princípio da lesividade no âmbito da execução penal, com fundamento no direito geral à liberdade positivado no art. 5º caput da CRFB, pode ser considerado decorrência direta da dignidade humana (Convenção Americana de Direitos Humanos art. 5, n. 2, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 10) e justifica-se pela natureza penal do poder disciplinar sancionador, no direito brasileiro.

Isso porque o poder disciplinar previsto pela LEP não é exercido exclusivamente pela autoridade penitenciária, por meio de sanções restritas ao ambiente carcerário, produzindo efeitos também no âmbito do processo judicial, com reflexos no sistema progressivo (como a regressão de regime, interrupção de prazos para fruição de direitos, perda de dias remidos (ROIG, 2023, p. 216)) e implicando, seja um aumento do tempo de encarceramento, seja uma modificação negativa substancial nas condições de encarceramento.

Partindo desses pressupostos, o princípio da lesividade deve ser aplicado no que se refere ao regime disciplinar sancionador, em três níveis distintos, a saber: a) no nível normativo, como exigência de adequação do regime disciplinar como um

todo aos princípios e normas constitucionais, especialmente o direito geral de liberdade associado ao postulado da dignidade humana; b) nos níveis administrativo e judicial, como critério orientador do exercício do poder disciplinar sancionador; c) no nível judicial, como chave de interpretação das normas de execução penal sobre faltas e sanções disciplinares e mecanismo de controle do poder disciplinar sancionador da administração penitenciária.

O regime disciplinar foi inserido na LEP no capítulo IV, que trata dos deveres, direitos e da disciplina, articulando-se a partir de três conceitos principais: obediência, disciplina e ordem.

Nesse contexto, o art. 38 da LEP lista os deveres do condenado, destacando-se o comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença (art. 38, I) e a obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deve relacionar-se (art. 38, II), além da execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (38, V).

A disciplina, por sua vez, consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho (art. 44), constituindo falta disciplinar de natureza grave o incitamento ou participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina (art. 50, I).

A simples leitura dos dispositivos mencionados revela a ênfase na imposição de disciplina e no dever de obediência e o caráter circular ou autorreferenciado do sistema, reforçado pela utilização de fórmulas abertas e tautológicas.

Inseriu-se, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, uma concepção penitenciária castrense, na qual figura a disciplina como elemento central da ordem carcerária. (Sanz Delgado, 2019) e ordem serve ao propósito da disciplina.

Além disso, ao conceituar a disciplina como obediência às determinações das autoridades e desempenho do trabalho, o legislador aponta como finalidade primordial do poder disciplinar a sujeição da pessoa presa ao poder estatal (Pavarini; Giamberardino, 2022).

A configuração descrita torna quase ineficaz a previsão expressa de aplicação do princípio da legalidade no âmbito disciplinar (art. 45), instaurando um sistema de disciplina persuasiva, no qual se assegura a ordem por meio da obediência e do “desterro da ociosidade” (Sanz Delgado, 2019).

Impôs-se ao condenado, além disso, os deveres de urbanidade e respeito no trato com os demais condenados (art. 39, III LEP); conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina (art. 39, IV LEP); VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores (art. 39, VII LEP); indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho (art. 39, VIII LEP); - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento (art. 39, IX LEP); conservação dos objetos de uso pessoal (art. 39, X LEP).

A lista de deveres da LEP revela que o legislador adotou uma concepção de regime disciplinar orientado pela busca de reforma moral, na medida em que, como observou Schmidt (2007), se exige que a pessoa presa seja disciplinada, obediente, urbana, respeitadora, trabalhadora, e até higiênica(Schmidt, 2007).

A análise da conformação normativa atual denota uma preocupação do legislador, norteadas, não pela necessidade de prevenir condutas socialmente danosas ou potencialmente danosas, de forma a garantir a segurança do estabelecimento prisional, mas antes pela ideia de reeducação e de disciplina persuasiva, como instrumento de reforço de autoridade da administração prisional.

Trata-se, portanto, de um regime disciplinar que importa a restrição do direito à liberdade das pessoas presas independentemente da potencialidade lesiva dos comportamentos descritos, violando-se o princípio da lesividade e, contrariando frontalmente, o direito geral à liberdade previsto no art. 5º caput da Constituição.

Nessa perspectiva, a contrariedade entre o atual regime disciplinar e os direitos fundamentais das pessoas presas demanda uma mudança interpretativa, utilizando-se como referencial teórico a moldura normativa sobre execução penal no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A ordem tem sido definida, com base na normativa de direitos humanos sobre privação de liberdade, como um padrão de relações sociais caracterizado por um patamar mínimo de respeito pelas pessoas e no qual as expectativas que os participantes tem uns dos outros são ordinariamente atendidas (não necessariamente sem contestação ou a ausência de violência), assegurando-se a inexistência de conflito aberto ou ameaça de colapso iminente das rotinas sociais(Van Zyl Smit; Snacken, 2011, p. 264).

A partir desse conceito de ordem, pode-se reinterpretar o conceito de regime disciplinar como conjunto de as normas destinadas à manutenção da convivência pacífica e ao respeito aos direitos fundamentais na prisão, cuja transgressão importa, como consequência, a prática de faltas disciplinares devidamente individualizadas, em observância aos princípios da legalidade e culpabilidade, a aplicação das correspondentes sanções (Cervello Donderis, 2016, p. 347).

Ordem e disciplina deixam, portanto, de ser consideradas finalidades autônomas do regime disciplinar, passando a ser instrumentos para garantir a segurança interna do estabelecimento e os direitos das pessoas que ali convivem (Cervello Donderis, 2016, p. 347).

No que diz respeito à segurança, a concepção a ser adotada, com respaldo na normativa internacional, não se limita à prevenção de evasões ou motins, abrangendo também a chamada segurança dinâmica, que consiste a) na segurança interna, por meio da garantia de uma vida ordenada, ou seja, de respeito a direitos; b) em assistência, contato com o mundo exterior e um programa repleto de atividades; e c) tratamento justo, isto é, procedimentos efetivos de reparação com resultados consistentes e fundamentação racional das decisões do pessoal penitenciário (Van Zyl Smit; Snacken, 2011, p. 264).

A segurança interior para todos — pessoas presas, pessoal penitenciário, visitante e todas as pessoas que se encontrem na prisão — depende de um “regime penitenciário ativo, no qual a pessoa possa participar de atividades construtivas e não ficar restrito à cela durante vinte e três horas por dia.”, uma vez que, de acordo com diversos estudos penológicos (Sparks; Bottoms, 1995), o regime disciplinar não constitui o único meio (aliás, não constitui nem mesmo um dos mais eficazes) de manutenção da ordem (Snacken, 2011, p. 133).

Nesse sentido, a Regra 36 das Regras de Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de Presos (Regras de Mandela) dispõe que as restrições orientadas à manutenção da disciplina e da ordem devem ser limitadas ao mínimo necessário para assegurar a segurança no estabelecimento e uma vida comunitária bem ordenada (Conselho Nacional de Justiça, 2016).

As Regras Penitenciárias Europeias (Conselho da Europa, 2006), por sua vez, indicam que a boa ordem na prisão deve assegurar aos presos condições de vida

que respeitem a dignidade humana, oferecendo-lhes um programa completo de atividades (Regra 49).

Além disso, determinam que somente pode constituir falta disciplinar um comportamento suscetível de representar uma ameaça à boa ordem e à segurança pessoal (Regra 57.1), impondo aos Estados o respeito não só ao princípio da legalidade, como ao princípio da proporcionalidade em matéria de poder disciplinar sancionador (Regras 56-57).

Configura-se, assim, um referencial teórico que permite a interpretação das expressões utilizadas pelo legislador de acordo com a dignidade da pessoa e com o atual estágio de desenvolvimento do direito de execução penal no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Aplicação do princípio da lesividade no exercício do poder disciplinar deve utilizar, como parâmetro de referência, o conceito de ordem construído a partir da dignidade humana e dos direitos fundamentais das pessoas presas, de forma a inviabilizar a tipificação de condutas que careçam de qualquer relação com a prevenção de dano a bens, direitos ou interesses de pessoas.

Constitui, portanto, conteúdo da garantia de lesividade na execução da pena privativa de liberdade a vedação de tipificação, como falta disciplinar, ou de efetiva aplicação de sanção disciplinar, em relação a condutas que não apresentem dano ou risco de dano a bens, direitos ou interesses de pessoas.

A falta disciplinar de recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético (art. 50, VIII, introduzida pela lei 12.654 de 2012), por exemplo, importa violação ao princípio da lesividade, já que constitui norma destinada única e exclusivamente a assegurar a submissão à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico) para fins de produzir provas em procedimentos criminais futuros, de forma que a recusa da pessoa presa não tem potencial lesivo a bens, direitos ou interesses de terceiros.

Nos níveis administrativo e judicial, por sua vez, a referência teórica proposta condiciona a configuração da infração disciplinar ao efetivo dano ou risco de dano, impondo à autoridade sancionadora o ônus de demonstrar que a conduta praticada efetivamente importou lesão ou perigo de lesão a bens ou interesses de terceiros e, por consequência, dano ou risco de dano à ordem.

Além disso, no nível judicial, a moldura teórica descrita fornece elementos para o controle pelo Poder Judiciário, do poder disciplinar sancionador das autoridades penitenciárias, de forma a afastar sanções que importem violação aos direitos fundamentais das pessoas presas por não observância do princípio da lesividade



5. Poder Disciplinar Sancionador e Princípio da Insignificância

O ajuste da moldura normativa do regime disciplinar previsto na LEP às exigências de lesividade, com a interpretação dos conceitos de ordem e disciplina de acordo com os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade implica, ainda, a aplicação do princípio da insignificância no que se refere ao poder disciplinar sancionador no âmbito da execução penal.

O princípio da insignificância (ou bagatela) foi definido como um critério dogmático que, associado ao princípio da lesividade, importa a atipicidade de uma conduta quando esta, embora formalmente constitua crime, não representa dano ou perigo de dano, tendo em vista o caráter irrisório da ofensa ao bem jurídico tutelado (BUONICORE; MENDES, 2020).

Nessa perspectiva, a baixa intensidade da lesão exclui a existência do crime propriamente dito (Macri; Castro, 2018), enquanto que, para parte da doutrina, mesmo quando se está diante de uma conduta penalmente criminosa, pode ser inconveniente a reação estatal, tendo em vista a lesão ínfima ao bem jurídico tutelado. (Souza; Japiassú, 2022, p. 103).

O princípio foi reconhecido pelo Superior Tribunal Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, tendo este último fixado, no HC 84.412 de 2004, critérios para a verificação da bagatela, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. (“HC84412”, 2004)

O acórdão paradigma não estabeleceu, entretanto, o conteúdo dos critérios listados, de forma que, a partir da vagueza e imprecisão dos parâmetro

utilizados(Daguer; Tangerino; Biagi, 2024), o princípio da insignificância passou a ser aplicado reiteradamente pelos tribunais, porém sem uniformidade de entendimentos quanto à aferição do valor, aos tipos de crimes e à aplicação em hipótese de reincidência ou maus antecedentes, entre outros temas. (Bottini et al, 2012).

Os critérios jurisprudenciais para aplicação do princípio da insignificância foram abundante e duramente criticados pela doutrina (Bottini et al, 2012; Luz, 2012; Menezes; Pauli, 2013; Pinto, 2014; Macri; Castro, 2018; Daguer; Tangerino; Biagi, 2024), de forma que, aqui, julga-se desnecessário reproduzir o debate ou acrescentar à controvérsia.

Em vez disso, pretende-se extrair do atual estágio de desenvolvimento dogmático do princípio possíveis critérios de aplicação ao poder disciplinar sancionador, os quais devem ser adaptados às especificidades da execução da pena privativa de liberdade.

É preciso, inicialmente, levar em consideração que a insignificância foi erigida por Roxin (2000) em um critério válido de restrição do exercício do poder punitivo, a partir da adoção de uma concepção teleologicamente orientada da dogmática penal, segundo a qual “cada categoria do delito — tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade — deve ser observada desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal”(Roxin, 2000, p. 47).

Cada elementar do tipo deve ser interpretado, portanto, levando em consideração o bem jurídico “protegido”. A partir dessa perspectiva, exclui-se do âmbito de aplicação do Direito Penal, por exemplo, uma agressão não violenta, ou seja, uma agressão mínima, ou uma ameaça que não seja sensível ou intimidante (Roxin, 2000, p. 49).

O critério proposto busca, portanto, uma “interpretação restritiva, que realize a função de Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade do direito penal” (Roxin, 2000, p. 47).

É justamente essa a perspectiva a ser adotada na aplicação do princípio da insignificância como critério de interpretação no âmbito do poder disciplinar sancionador na execução da pena privativa de liberdade.

Partindo do pressuposto que ordem e disciplina não merecem proteção autonomamente, mas apenas na medida em que servem à manutenção de uma convivência pacífica (não violenta) no estabelecimento prisional e o respeito aos

bens, direitos ou interesses das pessoas, as condutas tipificadas como infrações disciplinares devem ser interpretadas restritivamente, de forma que, danos irrisórios ou ínfimos sejam considerados como fatos atípicos e, portanto, excluídos do escopo de atuação do poder disciplinar sancionador.

O princípio da insignificância implica, assim, uma avaliação quantitativa (intensidade de dano ou perigo de dano ao bem, direito ou interesse), distinguindo-se, portanto, do princípio da lesividade, que se orienta por uma análise qualitativa (existência ou inexistência de dano).

Nessa perspectiva, flexibiliza-se o poder disciplinar sancionador conforme o grau de intensidade do dano, excluindo-se de seu âmbito de aplicação condutas formalmente típicas, mas que apresentam valor irrisório do ponto de vista do resultado.

Acresce-se, assim, ao ônus da autoridade penitenciária de demonstrar o dano ou risco de dano da conduta tipificada, também o de demonstrar que o dano ou risco de dano é relevante do ponto de vista da convivência pacífica no estabelecimento de privação de liberdade, justificando a efetiva intervenção do poder disciplinar sancionador.



6. Conclusão

O efetivo respeito aos direitos fundamentais das pessoas presas pressupõe a aplicação, no âmbito da execução penal, não só dos princípios da legalidade e jurisdição, mas principalmente, dos princípios indispensáveis à contenção do poder punitivo, especialmente, o princípio da lesividade.

Legalidade e jurisdição representam, assim, um importante marco inicial a partir do qual deve-se configurar uma moldura teórico normativa sobre a execução penal, pautada pelos princípios constitucionais penais.

O conteúdo da garantia de lesividade na execução penal deve ser identificado, não com respaldo no sentido atualmente atribuído às normas vigentes, mas a partir de uma interpretação consentânea com a dignidade humana e os direitos

fundamentais das pessoas presas, possibilitando-se o eficaz controle do poder disciplinar sancionador,

O desenvolvimento do conteúdo da garantia de lesividade, viabiliza, por sua vez, a aplicação do princípio da insignificância como parâmetro do exercício do poder disciplinar sancionador, contribuindo para sua contenção



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan, 1990.

BOTTINI, P. C. et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v. 20, n. 98, p.117-148, jul./ago. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79707>. Acesso em: 03 ago. 2024

BRITO, A. de C. **Execução Penal**. 7. ed. São Paulo, SP: SaraivaJur, 2021.

BUONICORE, B. T.; MENDES, G. Tráfico de drogas e princípio da insignificância: uma possibilidade dogmática. **Boletim IBCCRIM**, v. 28, n. 333, p. 6-8, 2020.

BUSATO, P. C. A progressão de regime prisional como exigência funcionalista-teleológica do sistema de Execução penal. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 9, n. 2, p. 387-416, 2004. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/370>. Acesso em: 03 ago. 2024

CAROU-GARCÍA, S. El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español. **Indret**: Revista para El analisis del Derecho, n. 4, 2017.

CERVELLO DONDERIS, V. **Derecho penitenciario**. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

COSTA, H. R. L. da. **Considerações sobre o estado atual da Teoria do Bem Jurídico à luz do Harm Principle**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DAGUER, B.; TANGERINO, D. de P. C.; BIAGI, T. C. F. P. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 201, n. 201, p. 81-106, 18 jun. 2024.

D'AVILA, F. R. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Pensamiento Penal**. v. 1, n. 1, p. 5-25, set. 2014. Disponível em:
<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/03/doctrina45043.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2024.

DIAS, J. F. **Direito Penal - Parte Geral**: Questões Fundamentais. a Doutrina Geral Do Crime. São Paulo: RTRevista dos Tribunais, 2007.

FEINBERG, J. **The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford University Press, 1984.

FERNÁNDEZ ABAD, C. La Doble problemática del terrorismo yihadista en prisión. **InDret**: Revista para El analisis del Derecho, n. 3, 2020. Disponível em:
<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375196>. Acesso em: 6 ago. 2024.
<https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i3.10>

LUZ, Y. C. da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 203-233, jun. 2012.
<https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100009>

MACRÌ, F.; CASTRO, A. de. Insignificância e tenuidade do fato enquanto excludentes de tipicidade: uma análise da escassa lesividade da conduta nos sistemas penais brasileiro e italiano. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**,

n. 39, 31 dez. 2018. Disponível em:

<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/88511>. Acesso em: 3 ago. 2024.

<https://doi.org/10.22456/0104-6594.88511>

MENEZES, B. S. de; PAULI, C. P. Tipicidade Penal: do Princípio da Legalidade ao da Insignificância. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 63, p. 25-60, 2013.

<https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2013v63p25>

NETTO, A. V. S. **Curso de execução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PAIVA, L. G. M. D. **A Fábrica De Penas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PAVARINI, M.; GIAMBERARDINO, A. **Curso de penologia e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2022.

PINTO, R. F. **A Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

PRADO, L. R. et al. **Direito de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RABELO, G.; VIANNA, T., L. fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 139, p.69-108, 2018.

RODRIGUES, A. M. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

RODRIGUES, A. M. **Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, R. D. E. **Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN C.; LUZON PEÑA, D.M.; MUÑOZ CONDE, D. M. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Sevilla: Secretariado de Publ. de la Univ. de Sevilla, 1981.

SANTOS, D. L. dos. Ofensividade e bem jurídico-penal: Conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. Extra 121, p. 13-50, 2016.

SANZ DELGADO, E. De la disciplina a la seguridad integral: Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. v. 72, p.347-402, 2019. Disponível em:

<https://portalcientifico.uah.es/documentos/61567cd8f4a2be562344f509>. Acesso em: 12 set. 2024

<https://doi.org/10.53054/adpcp.v72i1.1254>

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

SCHMIDT, A. Z. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, S. DE (ed.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Salo de Carvalho, 2007. p. 207-268.

SNACKEN, S. **Prisons en Europe**: pour une pénologie critique et humaniste. Bruxelles: Larcier, 2011.

SOUZA, A. de B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. **Direito Penal - Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Tirant Emporio do Direito Editorial Ltda, 2022.

SPARKS, J. R.; BOTTOMS, A. E. Legitimacy and Order in Prisons. **The British Journal of Sociology**, v. 46, n. 1, p. 45, mar. 1995.
<https://doi.org/10.2307/591622>

TONRY, M. H. (ed.). **Crime, punishment, and politics in comparative perspective**. Chicago: University Of Chicago Press, 2007.

VAN ZYL SMIT, D. International Prison Standards and Transnational Criminal Justice. **UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law**, v. 4, n. 1, p. 97, 29 ago. 2019.

VAN ZYL SMIT, D.; SNACKEN, S. **Principles of European prison law and policy: penology and human rights**. New York: Oxford University Press, 2011.

**Correspondence address:**

Ana Lúcia Tavares Ferreira
Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Sede Administrativa
Avenida Marechal Câmara, 314 - CEP 20020-080 - Centro, RJ
E-mail: ana.ferreira@defensoria.rj.def.br

Enviado para submissão:
10/07/2024

Aceito após revisão:
05/09/2024

Publicado no Fluxo Contínuo
13/09/2024