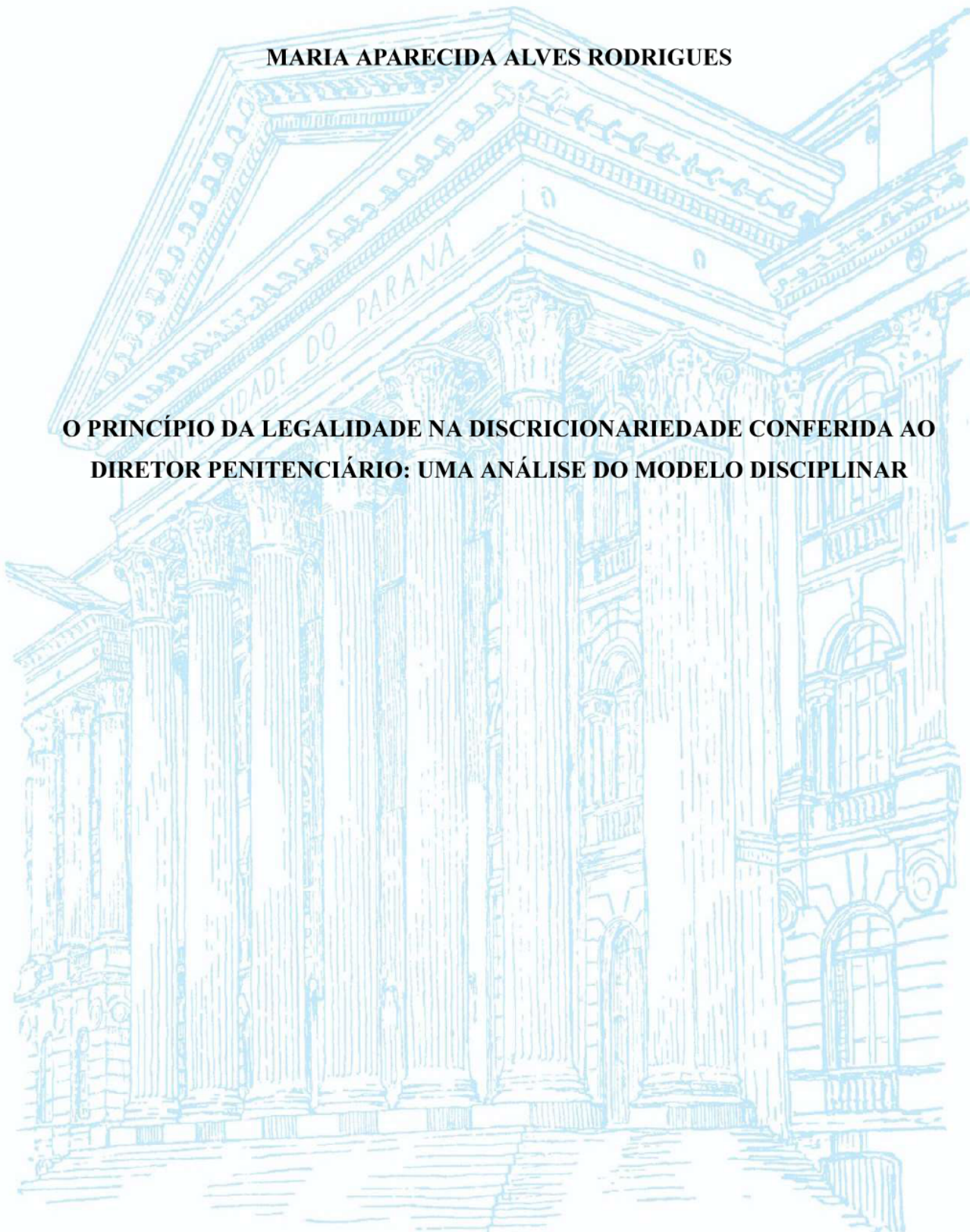


**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MARIA APARECIDA ALVES RODRIGUES**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA AO  
DIRETOR PENITENCIÁRIO: UMA ANÁLISE DO MODELO DISCIPLINAR**



**CURITIBA**

**2023**

**MARIA APARECIDA ALVES RODRIGUES**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA AO  
DIRETOR PENITENCIÁRIO: UMA ANÁLISE DO MODELO DISCIPLINAR**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito parcial à conclusão do curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal  
do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino**

**CURITIBA**

**2023**

## TERMO DE APROVAÇÃO

O princípio da legalidade na discricionariedade conferida ao diretor penitenciário

**MARIA APARECIDA ALVES RODRIGUES**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**ANDRE RIBEIRO**  
**GIAMBERARDIN**  
**O:04588543954**

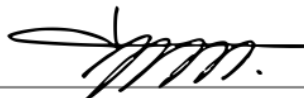
Assinado de forma digital por  
ANDRE RIBEIRO  
GIAMBERARDINO:0458854395  
4  
Dados: 2023.02.14 11:48:33  
-03'00'

---

André Ribeiro Giamberardino  
Orientador


---

Coorientador



---

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior  
1º Membro



---

Rui Carlo Dissenha  
2º Membro

## DEDICATÓRIA

*A minha família, em especial aos meus queridos Pipoca, Biscoito, Caramelo, Darius e Mike.*



## **AGRADECIMENTOS**

A minha mãe Nina, por seu incansável apoio em toda essa trajetória, e ao meu pai Jose (em memória), que apesar de não estar aqui para me ver finalizar o curso, festejou imensamente com a minha entrada.

Ao meu querido amor, amigo e companheiro Vinicius, pela paciência e compreensão nos momentos de ausência.

A todos os professores que contribuíram na minha formação acadêmica, em especial ao Prof. Dr. Luis Fernando Lopes Pereira, por todo incentivo e apoio durante o curso.

Aos meus amigos Lucas e Philipe, pelo companheirismo em todos os momentos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino, por me conduzir no trajeto de realização desta pesquisa.

**“Uma vida não questionada não  
merece ser vivida”**

**Platão**

## **RESUMO**

No presente trabalho objetivou-se analisar se os poderes conferidos ao Diretor Penitenciário, no que se refere ao procedimento disciplinar aplicável, pela Lei de Execução Penal e pelo Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná encontram-se em consonância com o princípio da legalidade, entendido a partir das bases do direito administrativo. Para isso, iniciou-se desenvolvendo, com base em importantes autores, o conceito de discricionariedade no direito administrativo, com especial foco nos momentos em que a discricionariedade é conferida ao Diretor Penitenciário, bem como estabeleceu-se as diferenças desta com a arbitrariedade (sobre a qual não há dúvidas da ilegalidade). Após, definidas as bases conceituais acerca do que se compreende por discricionariedade desenvolveu-se o conceito do princípio da legalidade a partir da concepção do Direito Administrativo. Nos capítulos finais, buscou-se compreender quais são os limites estabelecidos em lei e também no âmbito jurisprudencial acerca da discricionariedade conferida ao Diretor Penitenciário. Ao final, são apresentadas algumas sugestões que possibilitam uma maior segurança jurídica na aplicação de sanções disciplinares e quais devem ser os limites da discricionariedade.

Palavras-chave: execução penal, legalidade, discricionariedade, diretor penitenciário.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tuvo como objetivo analizar si los poderes conferidos al Director Penitenciario, en lo que respecta al procedimiento disciplinario aplicable, por la Ley de Ejecución Penal y el Estatuto Penitenciario del Estado de Paraná se encuentran en consonancia con el principio de legalidad, entendido a partir de las bases del derecho administrativo. Para ello, se comenzó por desarrollar, con base en importantes autores, el concepto de discrecionalidad en el derecho administrativo, con especial énfasis en los momentos en que se confiere discrecionalidad al Director Penitenciario, así como por establecer las diferencias con la arbitrariedad (sobre la cual existe no hay duda de ilegalidad). Luego de definir las bases conceptuales sobre lo que se entiende por discrecionalidad, se desarrolló el concepto de principio de legalidad a partir de la concepción del Derecho Administrativo. En los capítulos finales, buscamos comprender cuáles son los límites establecidos por la ley y también en el ámbito jurisprudencial en cuanto a la discrecionalidad otorgada al Director Penitenciario. Al final se presentan algunas sugerencias que permiten una mayor seguridad jurídica en la aplicación de sanciones disciplinarias y cuáles deben ser los límites de la discrecionalidad.

Palabras-clave: ejecución penal, legalidad, discrecionalidad, director penitenciario.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2. A DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>10</b>
2.1 ASPECTOS GERAIS.....	10
2.2 DISTINÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE.....	13
2.3 DIRETOR PENITENCIÁRIO.....	14
2.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL E ESTATUTO PENITENCIÁRIO.....	15
<b>3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....</b>	<b>19</b>
3.1 LIMITES EXISTENTES PARA A DISCRICIONARIEDADE.....	24
3.1.1 BASES LEGAIS.....	24
3.1.2 JURISPRUDÊNCIA.....	26
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>29</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>34</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A pergunta que rege o presente trabalho é se “o poder de atuação discricionária conferida ao diretor penitenciário, sobretudo em seu aspecto disciplinar, está em consonância com o princípio da legalidade?”. Mas, para além de verificar se a discricionariedade conferida à autoridade penitenciária máxima está abarcado pelo princípio de legalidade, também pretende-se analisar quais são os limites da discricionariedade, visto que abstratamente, não há dúvidas na doutrina administrativista brasileira que a discricionariedade, como instituto jurídico do direito administrativo, encontra-se em perfeita consonância com o princípio da legalidade.

Entretanto, ao analisar as legislações, regulamentos e outras normativas, com especial foco na questão disciplinar da execução penal, não há limites claros. A ampla discricionariedade conferida ao diretor penitenciário em muito se aproxima da arbitrariedade, a qual não é permitida na atuação dos agentes estatais, visto que utiliza-se de critérios subjetivos e contrários à lei para realizar escolhas dentro da Administração Pública. Em vista da linha tênue existente em certas questões relativas à discricionariedade, far-se-á, em momento oportuno, as devidas distinções entre discricionariedade e arbitrariedade.

O ordenamento jurídico pátrio é regido por princípios fundamentais de garantia dos direitos humanos e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, o qual deve ser utilizado para análise de todas as relações e sujeitos.

Todavia, no âmbito da execução penal brasileira, verifica-se uma constante violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, as quais não são apenas privadas de sua liberdade ou de uma vida digna, mas muitas vezes são privadas de condições básicas para sua sobrevivência.

A liberdade historicamente conferida ao diretor penitenciário, que lhe concede uma grande margem para atuação, possibilita a interpretação dos dispositivos legais de forma desvinculada e se apoiando em conceitos vagos de “segurança pública” e “ordem” para restringir os poucos direitos conferidos às pessoas privadas de liberdade, agravando ainda mais as condições degradantes que estas vivem.

No âmbito doutrinário há muitas discussões acerca da natureza jurídica da Execução Penal<sup>1</sup> e neste aspecto, adota-se no neste trabalho a posição de que não se trata de uma

---

<sup>1</sup> Conforme entendimento de ROIG, há na atualidade duas principais correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica da Execução Penal, a primeira corrente entende ser uma natureza mista, enquanto que a segunda compreende tratar-se de natureza jurisdicional. Na compreensão do autor - e entendimento aqui adotado - a natureza jurisdicional é a que melhor se adequa aos preceitos

atividade meramente administrativa e depende da atuação jurisdicional. Contudo, ainda que não se possa resumir a execução penal em uma atividade de natureza administrativa, em muitos aspectos há uma predominância da atuação administrativa.

O sujeito ao qual confere-se a posição de diretor penitenciário, como agente da Administração Pública, exerce tão somente atividades de cunho administrativo, neste sentido, a análise proposta da discricionariedade conferida ao diretor penitenciário, utilizando principalmente das disposições da Lei de Execução Penal e pelo Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná como parâmetro, encontra-se em consonância com o princípio da legalidade se dará a partir da perspectiva do direito administrativo, que encontra-se consagrado no artigo 37<sup>2</sup> da Constituição Federal, segundo o qual, a administração pública será regida - também - pela legalidade.

Ademais, não pode-se deixar de considerar que em diversas situações, o direito penitenciário é caracterizado como um âmbito de “não-direito”<sup>3</sup>, entendimento que permeia a presente pesquisa, visto que as inúmeras normativas existentes permitem uma ampla atuação do Diretor Penitenciário e criam regras próprias dentro de cada instituição penitenciária, sendo inexistente qualquer tipo de segurança jurídica em relação aos aspectos disciplinares.

Dentro dessas perspectivas, diante da inaplicabilidade fática das normas e princípios relativos ao direito penal e de execução penal — ainda que teoricamente entenda-se necessário a sua aplicação — , a análise feita durante o presente trabalho destina-se a demonstrar que (mesmo a partir da perspectiva do direito administrativo) é possível encontrar limites para regular a atuação do Diretor Penitenciário, na condição de agente público.

## **2. A DISCRICIONARIEDADE**

No presente capítulo serão desenvolvidas as ideias centrais relativas a discricionariedade, inicialmente em suas características gerais, buscando definir o que é a discricionariedade. Feitas as considerações iniciais, passa-se a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade.

---

constitucionais estabelecidos na Constituição de 1988. (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria e prática -livro eletrônico-. 5 ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 110 - 111.)

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)

<sup>3</sup> Terminologia utilizada por Massimo Pavarini e André Giamberardino no livro “Curso de Penologia e Execução Penal”.



Nos dois últimos tópicos do capítulo busca-se trabalhar propriamente com a discricionariedade conferida ao diretor penitenciário pela Lei de Execução Penal e pelo Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná.

## 2.1. ASPECTOS GERAIS

A definição de um ato como vinculado ou discricionário reside no grau de liberdade deixado pela lei para decisão no caso concreto. Os atos vinculados devem ser feitos da exata maneira prevista em lei, enquanto que nos atos discricionários a autoridade pode optar por uma dentre as várias soluções estabelecidas pela lei. A discricionariedade não se confunde com uma total liberdade, visto que alguns elementos dos atos são necessariamente definidos em lei — como competência, forma e finalidade —, portanto, ainda que se trate de um ato discricionário, ele deve seguir os parâmetros legais.

No entendimento de JUSTEN FILHO<sup>4</sup>, a discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa, visto que o espaço deixado para análise deve ser pensado - intencionalmente - pelo legislador no momento em que elabora a lei, para que os espaços vazios sejam preenchidos a depender do caso concreto, conforme critérios de conveniência e oportunidade.

Portanto, nestes espaços, a atuação administrativa é autorizada de forma prévia pelo legislador. Embora seja possível que a discricionariedade se localize em quaisquer dos elementos do ato administrativo<sup>5</sup>, comumente se localiza no motivo e quando isso ocorre, para que essa liberdade se operacionalize, uma das possibilidades é a utilização de termos indeterminados na legislação, que deixam espaços para a análise da administração. Neste espaço se localizam as principais esferas de atuação do diretor penitenciário, porquanto a Lei de Execução Penal utiliza deste recurso em diversos momentos, com especial destaque para o regime disciplinar que em relação às faltas graves adota conceitos extremamente amplos, capazes de abarcar — em alguns casos — qualquer situação.

Visando analisar qual o limite desses espaços, o ato discricionário pode ser analisado sob o aspecto da legalidade, verificando sua conformidade com a lei e sob o aspecto do mérito, o qual refere-se a análise da oportunidade e conveniência diante do interesse de agir.

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>5</sup> Conforme Di Pietro, são elementos do ato administrativo o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 241.

Por muito tempo entendeu-se pela impossibilidade do controle judicial dos atos discricionários, mas ao longo do tempo foram sendo criadas diversas teorias para explicar e justificar a necessidade de extensão do controle judicial. No entendimento de Di Pietro, em momentos pretéritos

O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial. Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele se eximia do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito.<sup>6</sup>

No entendimento de Di Pietro, após a Constituição de 1988 houve uma ampliação do conceito de legalidade, o qual passou a abarcar não apenas atos normativos, mas também os princípios e valores previstos no texto constitucional. Na visão da autora, a legalidade pode ser vista de uma perspectiva estrita, abarcando apenas os atos normativos e uma perspectiva ampla, na qual englobaria também os princípios e valores constitucionais<sup>7</sup>. A ampliação do conceito resultaria não apenas na redução da discricionariedade, mas também ampliaria o controle judicial, o qual poderia analisar os atos administrativos na perspectiva da legalidade ampla.<sup>8</sup>

Atualmente, a temática do controle judicial, mesmo do mérito dos atos discricionários, já é mais aceita dentro da doutrina e utilizada pelo judiciário brasileiro. O controle por sua vez não pode revisar todo e qualquer aspecto do ato normativo, visto que não se pode substituir o entendimento do administrador pelo entendimento do juiz, neste sentido, Di Pietro entende que

Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade

---

<sup>6</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 253.

<sup>7</sup> Para alguns autores, como Marçal Justen Filho, a legalidade em sentido amplo corresponderia a outro princípio, o princípio da juridicidade, segundo o qual, todos os atos administrativos deveriam estar de acordo com o sistema jurídico, portanto, abarcando os atos normativos, princípios e valores e não apenas lei, como o princípio da legalidade para alguns autores. .

<sup>8</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 253.

administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito.<sup>9</sup>

A possibilidade de controle judicial dos atos do diretor penitenciário, embora não resolvam a problemática envolvendo o amplo poder àquele conferido, minimiza a possibilidade de violação de direitos humanos, visto que em alguns casos estabelece limites para a atuação do diretor penitenciário, bem como possibilita a eventual responsabilização dos agentes em situações de abuso de poder. Desta forma, embora que não encontre limites claros na lei, é possível a utilização do judiciário para estabelecimento de limites mínimos para a atuação do diretor.

Por certo, não pretende-se substituir o diretor-administrador pelo juiz e nem mesmo colocar nas mãos do judiciário o papel atribuído ao legislador, desta forma as compreensões acima mencionadas da referida autora são essenciais, visto que o controle deve-se prestar a analisar se a atuação administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade.

A partir destas discussões, dentro do âmbito da execução penal e do direito penitenciário, a questão que surge refere-se à quais são os limites de atuação do diretor penitenciário. Tal problemática será trabalhada no item 3.

## **2.2. DISTINÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE**

A discricionariedade, conforme acima explicitado, encontra-se dentro dos limites legais, todavia quando a atuação excede os limites legais ou é contrária a este haverá arbitrariedade. Para Carvalho Filho

A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Nesse ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade contra legem.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 254.

<sup>10</sup> FILHO, José dos Santos C. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 21/11/2022 p. 90

Neste sentido, sempre que a atuação dos agentes públicos for contrária à lei, haverá arbitrariedade. Por certo, embora o autor utilize da expressão “lei”, também haverá arbitrariedade quando a atuação ocorrer fora dos limites constitucionais, bem como se for contrário ao decidido pelas Cortes. Ressalta-se, porém, que a arbitrariedade não é apenas a contrariedade expressa à lei, mas também as situações em que a autoridade administrativa excede os limites permitidos pela lei. Portanto, ainda que haja margem para discricionariedade, se não foram seguidos os critérios legais, estaremos diante de uma situação de arbitrariedade.

Da mesma forma, dispõe Di Pietro que

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que 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, embora discricionário, 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.<sup>11</sup>

Destarte, se a atuação do diretor penitenciário exceder os limites legais, será considerada arbitrária e necessariamente contrária à lei. Entretanto, um dos grandes problemas reside na falta de critérios de objetividade para a atuação discricionária, sobre o tema, entende Carvalho Filho que

Levando-se em conta justamente a ausência de standards de objetividade tanto na discricionariedade quanto na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, surgem como mecanismos de controle os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelos quais se poderá evitar excesso de poder e adequação da conduta ao fim a que a norma se destina, como já visto anteriormente. O certo é constatar que a indeterminação dos institutos não pode conduzir à imunidade de controle. Em outras palavras, cabe afirmar que a razoabilidade representa uma barreira de contenção, ou seja, um limite contra condutas irrazoáveis.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 249

<sup>12</sup> FILHO, José dos Santos C. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 21/11/2022. p. 94

Em vista disso, a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade mostram-se como padrões de necessária aplicação para a interpretação e análise dos atos discricionários do diretor penitenciário.

### **2.3. DIRETOR PENITENCIÁRIO**

A Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 75, os requisitos para os ocupantes do cargo de direção do estabelecimento penitenciário.

Art. 75. O ocupante do cargo de diretor de estabelecimento deverá satisfazer os seguintes requisitos:

I - ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais;

II - possuir experiência administrativa na área;

III - ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função.

Parágrafo único. O diretor deverá residir no estabelecimento, ou nas proximidades, e dedicará tempo integral à sua função.<sup>13</sup>

Embora exija-se que tenha prévia experiência administrativa na área, considerando que não necessariamente precisa ter formação em Direito, o conhecimento jurídico do ocupante pode estar comprometido na execução de suas competências, mas este aspecto não deve prejudicar a sua atuação como agente público.

O cargo de direção do estabelecimentos prisionais, é um cargo de gestão administrativa, neste sentido, pode-se mencionar que dentre as principais funções do diretor encontra-se a função de dirigir, administrar, fiscalizar e aplicar sanções disciplinares. Sobre essa última há grande preocupação, visto que, diferente de outros âmbitos nos quais se aplicam sanções disciplinares administrativas, no âmbito da execução penal a cautela deve ser redobrada pois incidem sobre sujeitos já vulnerabilizados e com grande restrição de seus direitos.

### **2.4. LEI DE EXECUÇÃO PENAL E ESTATUTO PENITENCIÁRIO**

A Lei de Execução Penal, assim como o Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná, em relação ao poder disciplinar, utilizam-se do binômio “privilégio-castigo” para a organização do ambiente carcerário. Esse modelo legitima os âmbitos de “não-direito” do cotidiano penitenciário e a Lei que deveria impor limites claros de atuação acaba lhes

---

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em 21/11/2022.

reforçando. Neste sentido, acerca do direito de execução penal, Massimo Pavarini e André Giamberardino entendem que

A forma com que atualmente o faz, porém, acaba sendo legitimante do próprio espaço de “não-direito” que caracteriza o ambiente carcerário: estruturado sob um sistema de matriz essencialmente inquisitória, refere-se à questão disciplinar com definições vagas e abertas de falta grave e prevê sanções que extrapolam qualitativamente a severidade prevista para a pena.<sup>14</sup>

A disciplina penitenciária centra-se na obediência e submissão do preso, em uma relação de hierarquia e as normas jurídicas tendem a ser mais abertas possibilitando uma maior maleabilidade para a autoridade administrativa. E dentro da lógica carcerária

A obediência é uma atitude de submissão burocratizada pelo sistema e o preso, seja porque quebrou as regras desse sistema ou porque é visto no mais baixo grau dessa hierarquia, não pode ser percebido ou tratado como igual.<sup>15</sup>

A discricionariedade encontra-se presente em todos os atos relacionados à administração carcerária, neste sentido, a LEP atribui ao diretor penitenciário diversas funções que necessariamente incluem graus de discricionariedade, dentre os quais pode-se mencionar: a aplicação de sanções, a concessão de regalias, instauração do processo administrativo disciplinar, o encaminhamento do apenado para trabalho. Diante da variedade de temas em que se comporta a discricionariedade do diretor penitenciário, o presente estudo dedicar-se-á de forma detalhada ao sistema disciplinar.

As faltas graves são previstas na LEP, enquanto que as faltas médias e leves são previstas no Estatuto Penitenciário Estadual. Identifica-se na Lei as seguintes faltas graves:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
 I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;  
 II - fugir;  
 III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;  
 IV - provocar acidente de trabalho;  
 V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;  
 VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.  
 VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.  
 VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e execução penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.246

<sup>15</sup> VALOIS, Luís Carlos. Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 285.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em 21/11/2022.

Há ainda a previsão de mais uma falta grave no artigo 52 da LEP, segundo o qual, constitui falta grave a prática de crime doloso, não se exigindo o trânsito em julgado para a caracterização da falta grave.

Nota-se que os incisos do artigo 50 apresentam uma grande carga de subjetividade pois a utilização de termos como “ordem”, “disciplina” e expressões como “instrumento capaz de ofender a integridade física” permitem diferentes interpretações. Por certo, a noção de ordem e disciplina constantes no inciso I deveriam ser interpretados a partir dos deveres presentes no artigo 39, mas o dispositivo perderia a razão de ser em virtude do inciso VI já prever expressamente falta grave pela inobservância de deveres. Neste sentido, quaisquer atos contrários às ordens emanadas dos agentes penitenciários podem ser facilmente interpretados dentro de tal inciso.

Sobre o tema, destaca-se a posição de Giamberardino, para o qual

Perante a indefinição de expressões como “subverter a ordem” e imprecisão de verbos como “participar” ou “inobservar”, não é difícil imaginar a facilidade com que os agentes administrativos podem atuar com abuso de poder e enquadrar atos leves ou corriqueiros como falta grave, vindo a haver controle jurisdicional apenas em momento posterior à aplicação das sanções administrativas severas, como o isolamento.<sup>17</sup>

Outro inciso que permite uma análise mais extensiva é o inciso III, visto que não são raros os casos em que objetos do cotidiano são utilizados para ofender a integridade física de outrem, desta forma, ter em sua posse uma caneta poderia ser motivo para a aplicação de uma falta grave.

O Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná, por sua vez, disciplina as faltas leves e médias. Há uma semelhança grande em relação aos diferentes níveis de faltas, mas verifica-se nas faltas leves e médias condutas um pouco mais específicas, entretanto, ainda com um amplo espaço de interpretação.

São faltas leves previstas no Estatuto Penitenciário Estadual

- I – atitude de acinte ou desconsideração perante funcionário ou visitas;
- II – emprego de linguagem **desrespeitosa**;
- III – apresentar-se de **forma irreverente** diante do diretor, funcionários, visitantes ou outras pessoas;
- IV – **desatenção** em sala de aula ou de trabalho;

---

<sup>17</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e execução penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.257 -258



- V – permutar, penhorar ou dar garantia, objetos de sua propriedade a outro preso, internado ou funcionário;  
 VI – executar, sem autorização, o trabalho de outrem;  
 VII – **descuidar** da higiene pessoal;  
 VIII – **descuidar** da higiene e conservação do patrimônio do estabelecimento;  
 IX – dissimular ou alegar doença ou estado de precariedade física para eximir-se de obrigações;  
 X – comprar ou vender, sem autorização, a outros presos, internados ou funcionários;  
 XI – portar ou manter na cela ou alojamento, material de jogos não permitidos;  
 XII – produzir **ruídos que perturbem o descanso** e as atividades do estabelecimento;  
 XIII – procrastinar, discutir cumprimento de ordem, ou recusar o dever de trabalho;  
 XIV – responder por outrem a chamada ou revista, ou deixar de responder as chamadas regulamentares;  
 XV – transitar pelo estabelecimento, manter-se em locais não permitidos ou ausentar-se, sem permissão, dos locais de presença obrigatória;  
 XVI – proceder de **forma grosseira** ou discutir com outro preso;  
 XVII – sujar pisos, paredes ou danificar objetos que devam ser conservados;  
 XVIII – desobedecer os horários regulamentares;  
 XIX – descumprir as prescrições médicas;  
 XX – abordar autoridade ou pessoa estranha ao estabelecimento, sem autorização;  
 XXI – lavar ou secar roupa em local não permitido;  
 XXII – fazer refeições em local e horário não permitido;  
 XXIII – utilizar-se de local impróprio para satisfação das necessidades fisiológicas;  
 XXIV – conversar através de janela, guichê de cela, setor de trabalho ou local não apropriado;  
 XXV – descumprir as normas para visita social ou íntima. (sem destaque no original)<sup>18</sup>

Novamente não é difícil notar a imprecisão dos termos como “linguagem desrespeitosa”, “irreverente”, “descuidar”. Entretanto, nota-se que em alguns casos há um pouco mais de objetividade nas condutas.

Outro ponto a ser questionado dentro do sistema disciplinar relaciona-se com a concessão de favores disciplinado no Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná, o qual dispõe que

- Art. 49. Serão concedidos favores aos presos e internados, gradativamente, de acordo com a administração do estabelecimento, que consistem:  
 I – uso de rádio e/ou televisão na cela ou alojamento;  
 II – visita de parentes e amigos;  
 III – visita íntima do cônjuge ou companheira, nas condições estabelecidas pela administração;  
 IV – práticas esportivas;  
 V – participação em atividades internas ou espetáculos recreativos;  
 VI – recolhimento ao cubículo ou alojamento após o horário estabelecido pela administração.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> PARANÁ. Decreto Estadual nº. 1276, de 31 de outubro de 1995. Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná. Disponível em: <<https://www.deppen.pr.gov.br/Pagina/Estatuto-Penitenciario-do-Estado-do-Parana>> Acesso em 28/11/2022

<sup>19</sup> PARANÁ. Decreto Estadual nº. 1276, de 31 de outubro de 1995. Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná. Disponível em:

Conforme verifica-se, sobretudo em relação aos incisos II e III do Art. 49, não trata-se efetivamente de favores, são direitos dos presos e devem ser assim tratados. Desta forma, não parece razoável elencar como “favor” algo que deve ser concedido como direito básico àquele/a que encontra-se privado de sua liberdade.

Ainda sobre esse tema, o Estatuto estabelece em seu artigo 48<sup>20</sup> que será estabelecido um sistema de recompensas “conforme os diferentes grupos de presos ou de internados e os diferentes métodos de tratamento” para incentivar o bom comportamento, sem explicar minimamente quais serão os requisitos e como serão estabelecidos estes grupos, deixando uma grande área de atuação para o diretor penitenciário.

Como visto, seja na aplicação de faltas, seja na concessão de regalias, o diretor tem um rol grande de atuação e possibilidades, excedendo os limites do que se compreende por discricionariedade. Não pretende-se, com esta pesquisa, afirmar a necessidade de uma atuação completamente engessada, mas certamente não pode permanecer no modelo atual. Portanto, propõe-se uma análise de alguns possíveis limites legais e jurisprudenciais que podem reger a atuação do diretor penitenciário.

### 3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A legalidade é o principal limite existente para a discricionariedade e tem um importante papel na execução penal, desta forma, analisada a discricionariedade, faz-se necessário a compreensão do princípio da legalidade para verificar se a discricionariedade conferida ao diretor penitenciário, encontra-se em consonância com o princípio da legalidade.

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, inciso II, o princípio da legalidade, segundo o qual, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer se não em virtude de lei. Além disso, dispõe em seu artigo 37, *caput*, que a Administração Pública obedecerá o princípio da legalidade - dentre outros -.<sup>21</sup> Por certo, esta acepção de legalidade é mais ampla e aplicável a todas as pessoas, entretanto, no âmbito da Administração Pública

---

<<https://www.deppen.pr.gov.br/Pagina/Estatuto-Penitenciario-do-Estado-do-Parana>> Acesso em 28/11/2022.

<sup>20</sup> Art. 48. Em cada estabelecimento será instituído um sistema de recompensas, conforme os diferentes grupos de presos ou de internados e os diferentes métodos de tratamento, a fim de motivar a boa conduta, desenvolver os sentidos de responsabilidade e promover o interesse e a cooperação.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 21/11/2022.

utiliza-se uma forma mais restrita do referido princípio, visto que tudo aquilo que não esteja expressamente permitido pela lei, deve ser considerado como proibido.

Neste sentido, destaca-se o entendimento de Marçal Justen Filho

Toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade e a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como inexistência de poder jurídico. Daí se afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que não for autorizado por meio de lei será reputado como proibido.<sup>22</sup>

O princípio da legalidade, entretanto, não impõe — tão somente — uma análise da literalidade da lei, deve-se utilizar-se de uma interpretação de todo o sistema jurídico. Desta forma, a omissão legislativa acerca da atuação da Administração Pública não necessariamente vai implicar na proibição da realização de determinado ato.

Por certo, não é possível — ou viável — uma previsão legislativa exaustiva, que abarque todas as situações da vida que possam envolver a Administração Pública, neste sentido, ao discorrer sobre o princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que

Certamente, esta integral subordinação da Administração à lei não é fórmula mágica, nem suficiente, só por só, para assegurar os objetivos que a nortearam. Contudo, certamente é condição importantíssima para que se realizem.

(...)

Pode ocorrer que o princípio em causa não desempenhe tão transcendente papel efetivo em outros sistemas jurídicos, mas no Direito brasileiro é, por sem dúvida, princípio de fulgurante importância. Cabe-lhe não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para contenção de intemperanças estatais. Por isso, o conteúdo estimativo vazado nos preceitos constitucionais referidos ultrapassa até mesmo o rigor de suas claríssimas letras, para assumir a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado.<sup>23</sup>

O princípio da legalidade, dessa forma, não visa apenas garantir segurança aos cidadãos, mas também (e principalmente) limitar a atuação estatal. Por conseguinte, essencial a atuação do Diretor Penitenciário em consonância com os parâmetros legais do sistema, bem como com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Outro aspecto a ser analisado refere-se ao sentido de “lei”, o qual pode alterar-se ao longo do tempo, isto é, o entendimento mais contemporâneo difere-se da perspectiva clássica de lei. Na perspectiva clássica da separação de poderes, a lei seria tão somente produzida pelo Poder Legislativo, porém, em uma visão mais contemporânea, inobstante a produção

---

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 348-349.

majoritária se dê no bojo do Poder Legislativo, também devem ser considerados, para fins do princípio da legalidade, todos os tipos de leis elencados no artigo 59 da Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>.

Apesar da maior abertura na compreensão de “lei”, esta não deve ser confundida com “norma jurídica”. Enquanto a lei pode ser entendida como um ato jurídico estatal, a norma jurídica refere-se a experiência fática da lei, conjugada com os valores e experiências, é o sentido extraído da lei. Sobre o tema

Consideradas essas diferenças, o princípio da legalidade significa a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei. Ou seja, traduz-se na clássica fórmula de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da existência de uma norma jurídica produzida por uma lei.<sup>25</sup>

Ademais, esclarece-se que a competência para a criação de leis (legislativa) é um tipo de competência normativa, mas nem toda competência normativa é uma competência para a criação de leis. Neste sentido destaca-se a possibilidade de criação de normas por órgãos da administração por meio de atos administrativos, no caso, embora haja a efetiva criação de normas, não há a criação de leis.

Não se confunde também, o princípio da legalidade com o princípio da juridicidade<sup>26</sup>, visto que quando se adota uma posição muito ampla acerca da compreensão de legalidade, o que se faz, é uma confusão entre os princípios. Sobre o tema, Bacellar<sup>27</sup> entende que a adoção de um conceito estrito do princípio da legalidade é uma exigência constitucional e mau uso do princípio leva a sua confusão com outros princípios. Neste sentido, segundo o autor

O princípio da legalidade administrativa encontra suporte no art. 37, caput, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da juridicidade, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado – aí incluídos os direitos humanos e princípios

---

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>26</sup> Vide nota de rodapé nº 7.

<sup>27</sup> Inobstante a adoção do autor de uma perspectiva de processo administrativo disciplinar sob o enfoque dos servidores públicos, alguns temas trabalhados por Bacellar agregam muito ao presente trabalho e serão utilizados para dar base a algumas das questões desenvolvidas. Por certo, não pode-se simplesmente importar conceitos desenvolvidos para outros âmbitos do direito sem as devidas ressalvas, mas entende-se ser perfeitamente possível aplicar muitas das interpretações do autor ao processo administrativo disciplinar da Execução Penal.

constitucionais não expressos –, traduzindo-se como o dever de obediência do poder público à integralidade do sistema jurídico.<sup>28</sup>

No que tange às sanções disciplinares, o respeito ao princípio da legalidade torna-se ainda mais necessário, visto que a imposição das sanções implica na restrição de um ou mais direitos e desta forma deve estar em pleno acordo com o sistema jurídico. Sobre a temática, destaca-se as importantes elucubrações de JUSTEN FILHO

A previsão da sanção em lei legitima democraticamente a punição, vinculando-a à soberania popular. Submeter a competência punitiva ao princípio da legalidade equivale a afirmar que somente o povo, como titular da soberania última, é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos e de escolher as sanções correspondentes e adequadas.<sup>29</sup>

Isto posto, a possibilidade da regulação do sistema disciplinar penitenciário apenas por meio de regulamentos internos não se coaduna com os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a compreensão do princípio da legalidade, seja em uma perspectiva do direito administrativo, seja na perspectiva do direito penal, chega-se ao resultado de que todas as normas disciplinares devem advir da Lei e não de regulamentos internos. Conforme Di Pietro, sobre o princípio da legalidade

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.<sup>30</sup>

Para além dos problemas relativos à própria Lei de Execução Penal - trabalhados no item 2.4 -, sabe-se que o cotidiano penitenciário é essencialmente regulado por atos administrativos, os quais concedem regalias, mas principalmente aplicam sanções disciplinares, gerando situações de insegurança jurídica, em vista da quantidade de normativas, assim como restringindo os direitos dos presos.

Devido a ampliação da competência legislativa, bem como a possibilidade da utilização de regulamentos pelo Poder Executivo, Bacellar elenca alguns problemas contemporâneos relativos ao princípio da legalidade. Para o autor

<sup>28</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502189904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502189904/>. Acesso em: 18/11/2022. p. 79

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 583.

<sup>30</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 111

Os problemas contemporâneos relacionam-se com (a) a abertura da lei, a qual, muitas vezes, constitui-se mera atribuição de competência, não regulando o modo de exercício do poder e as finalidades a serem realizadas; (b) a quebra do monopólio legislativo do Poder Legislativo com a outorga constitucional de função legislativa, ainda que excepcionalmente, ao Executivo; e, por fim, (c) o aumento da função regulamentar atribuída ao Executivo. Tais proposições já indicam a crise do princípio da legalidade como limitação do poder estatal e garantia dos direitos.<sup>31</sup>

Para a solução destas problemáticas, é possível uma interpretação ampliativa do princípio da legalidade, com uma incidência maior do princípio para além da lei, enquanto que por outro lado, uma interpretação mais restrita da legalidade, possibilita sua conjugação com outros princípios e aplicação conjunta com o princípio da juridicidade - por exemplo -. Independente da corrente adotada - seja a perspectiva ampla da legalidade ou sua conjugação com a juridicidade -, o que se defende no presente trabalho é que o respeito não deve ser apenas a lei de forma isolada, mas a todo o sistema jurídico.

Ainda que se compreenda o princípio da legalidade a partir de uma interpretação estrita, tal princípio deve ser analisado - e interpretado no caso concreto - em consonância com os demais princípios e valores do sistema constitucional.

Ao trabalhar sobre a relação da discricionariedade com a legalidade Bacellar entende que

O conteúdo da relação de legalidade é delimitado pelo de discricionariedade. Afirmando a possibilidade jurídica da discricionariedade administrativa, exclui-se, por imperativo lógico, a completude da relação de legalidade como modalidade de vinculação administrativa.<sup>32</sup>

Desta forma, a própria existência da discricionariedade não permite a aplicação do princípio da legalidade de forma integral. Para o autor, a legalidade, por si só, não é capaz de conter o agir administrativo, em vista da margem deixada pela discricionariedade, neste sentido, a utilização de processo e procedimento administrativo funcionam como "antídotos" para essa liberdade.

A substituição da legalidade tradicional pela legalidade elástica (na qual a discricionariedade da administração é evidenciada) traz consigo a necessidade de criação de novos instrumentos jurídicos de controle da atuação administrativa.

<sup>31</sup>BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502189904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502189904/>. Acesso em: 18/11/2022. p. 78.

<sup>32</sup>BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502189904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502189904/>. Acesso em: 18/11/2022. p. 80.



(...)

Para combater os efeitos nocivos de uma aplicação flexível da lei (conceito obtido a partir de uma equívoca compreensão de sua flexibilidade), impõe-se a necessidade de idôneas e claras regras procedimentais aliadas a regras materiais de decisão adequadas aos fatos contidos na lei, a fim de que o Judiciário possa controlar, de modo eficaz, o agir administrativo.<sup>33</sup>

Portanto, a legalidade, inobstante sua importância para o controle da atividade administrativa, não é o único remédio capaz de conter a atuação discricionária dos agentes da Administração Pública, notadamente o diretor penitenciário. Isto é, embora seja possível a conciliação da discricionariedade com a legalidade, aquela enfraquece essa, portanto deve-se buscar outros instrumentos apto para controlar a discricionariedade.

Na esfera disciplinar da execução penal, a cautela deve ser ainda maior, tendo em vista que a restrição de direitos daqueles que quase já não tem nenhum necessita ser criteriosa e em consonância com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Inobstante a existência de outros critérios passíveis de controle da atuação discricionária do diretor penitenciário, a partir do princípio da legalidade, é possível o estabelecimento de limites *a priori*.

No entendimento de Massivo Pavarini e André Giamberardino

Por um lado, não há dúvidas de que a execução penal é regida pelo princípio da legalidade. Por outro, uma perspectiva crítica e descritiva deve sublinhar que o cotidiano da prisão é pleno de decisões de conveniência e oportunidade - discricionárias - tomadas pela autoridade administrativa, as quais têm por escopo primevo não o tratamento individualizado e reeducativo, mas a manutenção da ordem interna.<sup>34</sup>

Neste sentido, os entendimentos doutrinários feitos a partir da análise do dever-ser, ainda que importantes na elaboração da presente pesquisa, não podem ser tomados como verdades absolutas em sua aplicação fática. Isto é, embora entenda-se como necessária a discussão teórica da legalidade, não se pode ignorar a realidade do cotidiano carcerário, o qual historicamente adotou e adota uma lógica de hierarquia e isto não será mudado apenas por debates teóricos, mas estes são essenciais para dar luz ao tema e possibilitar discussões que gerem — ao longo do tempo — resultados práticos.

---

<sup>33</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502189904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502189904/>. Acesso em: 21/11/2022, p. 81.

<sup>34</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e execução penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p 210.



### 3.1. LIMITES EXISTENTES PARA A DISCRICIONARIEDADE

#### 3.1.1. BASES LEGAIS

Os pontos anteriores desta pesquisa demonstram que a Lei de Execução Penal - e o Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná - não estabelecem critérios claros e objetivos, visto que o uso de conceitos indeterminados e amplos possibilitam interpretações extensivas no aspecto disciplinar, desta forma, os dispositivos legais, se analisados de forma isolada, não são capazes de apontar para limites eficientes para a discricionariedade.

No mais, considerando que a Lei de Execução Penal é anterior à Constituição de 1988, entende-se que os limites não serão encontrados na própria lei, pois não foi feita segundo os preceitos constitucionais, com destaque para a proteção dos direitos humanos e tratamento digno dos apenados.

Propõe-se, portanto, a análise dos limites da discricionariedade do diretor penitenciário a partir da Constituição Federal de 1988, bem como a partir de tratados de direitos humanos, como as Regras de Mandela<sup>35</sup> e as Regras de Bangkok<sup>36</sup>, com a fixação de alguns *standarts* mínimos.

Além dos princípios fundantes, que regem toda a ordem constitucional, como a dignidade da pessoa humana, deve-se observar as limitações do texto constitucional em matéria penal, como o direito de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5, XLIX) e a vedação a penas cruéis (art. 5, XLVII).

Ademais, as Regras de Mandela podem — e devem — ser utilizadas como parâmetro para as interpretações e atuação do diretor penitenciário dentro das questões do cotidiano carcerário, pois estabelecem regras mínimas para o tratamento dos presos, tais como a utilização de formas de prevenção de conflito, bem como alternativas de mediação (Regra 38, 1); investigação de infrações disciplinares, com direito à defesa (Regra 41, 1 e 2); utilização do confinamento somente em casos excepcionais (Regra 45); bem como um tratamento respeito, não submetendo os presos a tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes (Regra 1).

Os dispositivos supramencionados — dentre outros constantes em outras legislações — constituem parâmetros mínimos para a atuação do diretor penitenciário em relação aos

---

<sup>35</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

<sup>36</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016.

presos. Com efeito, acertadamente PAVARINI e GIAMBERARDINO, em relação aos direitos do presos ressaltam que

Ainda que o reconhecimento formal de um direito é pleno, nos fatos é sempre subordinado: não tanto pela discricionariedade da autoridade, mas pela própria natureza da pena. Basta comparar o direito à vida e à incolumidade física com a inegável nocividade do cárcere. Mesmo na melhor prisão do mundo, haverá uma redução significativa, empiricamente quantificável e quantificada, na expectativa de vida do recluso. Portanto, o direito à vida e à saúde do preso é, ainda que nas melhores condições possíveis, apenas “o que é possível” tutelar de vida e da saúde em uma realidade que ameaça, comprime e reduz tais bens.<sup>37</sup>

Embora não seja possível que os presos exerçam seus direitos com plenitude, mesmo àqueles não afetados pela condenação, pelas próprias características do cárcere, deve-se buscar sempre a maior proteção possível.

Por certo, a interpretação aqui proposta, por si só, não se mostra suficiente para conter as margens para arbitrariedades, visto que depende-se da atuação dos agentes penitenciários e principalmente do Diretor Penitenciário em consonância com o exposto. Ademais, todos os limites apresentados encontram-se vigente no nosso ordenamento jurídico e nem por isso há de fato uma aplicação prática deles, desta forma, embora necessário passar por esses preceitos básicos, entende-se que na conjuntura atual não são suficientes para limitar a atuação do diretor penitenciário.

### 3.1.2. JURISPRUDÊNCIA

Além da norma positivada, é possível encontrar alguns limites já bem definidos — através da jurisprudência — dentro do Poder Judiciário brasileiro acerca da aplicação das faltas graves, dentro do sistema penitenciário.

O primeiro limite encontrado refere-se à necessidade de provas claras acerca da autoria da falta, não sendo possível imputar fato de terceiro. Embora possa parecer óbvio, a inexistência de elementos objetivos acerca da autoria ou participação do preso no cometimento da falta impede a sua imputação, bem como as sanções decorrentes. Sobre o tema se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM SEM OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

---

<sup>37</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e execução penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p.215.

INOCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE E À GARANTIA DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. **FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE IMPUTADA AO REEDUCANDO POR ATO DE TERCEIRO.** IMPOSSIBILIDADE. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL.** AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE TERIA CONCORRIDO PARA A CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

4. Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que, em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada sua autoria, através de elementos concretos.

5. In casu, à míngua de elementos concretos, não ficou provada a prática de nenhum ato material pelo paciente. **O fato de ser sua companheira a portadora dos componentes de celular e a simples suspeita de que ele teria sido o solicitante de tais peças não são suficientes para afirmar a prática da falta grave.** É de se considerar, ainda, que os objetos sequer adentraram a unidade prisional e não estiveram na posse do reeducando.

6. Agravo regimental desprovido.<sup>38</sup>

O caso em tela refere-se a aplicação de falta grave, mas tal entendimento deve ser estendido a todos os tipos de faltas, sejam elas leves, médias ou graves. Independente do conteúdo da falta ou de sua gravidade, deve-se observar requisitos objetivos acerca da autoria para sua aplicação.

Da mesma forma, a Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça, aplicável a todos os tipos de falta, dispõe sobre a necessidade de instauração de procedimento administrativo para o reconhecimento da falta, *in verbis*

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.<sup>39</sup>

A existência de um procedimento administrativo formalizado permite que o ato seja revisto pelo Judiciário, tornando possível o controle de legalidade. Desta forma, a instauração do procedimento administrativo antes/para o reconhecimento da falta, mostra-se como limite necessário para conter arbitrariedades ainda maiores.

Por certo, ainda que a existência de um procedimento seja uma forte garantia para o direito dos presos, não é suficiente, visto que mesmo que haja a revisão do judiciário ante

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 752.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2210827&num\\_registro=202201966756&data=20220913&peticao\\_numero=202200613178&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2210827&num_registro=202201966756&data=20220913&peticao_numero=202200613178&formato=PDF)> Acesso em 01/12/2022.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 533.

alguma ilegalidade, a aplicação da sanção de forma cautelar não pode ser desfeita. Portanto, mister o cotejo da súmula com outras garantias, como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

O próximo julgado do Superior Tribunal de Justiça será analisado em duas perspectivas diferentes, no primeiro ponto, mostra-se como um limite necessário, enquanto que no segundo ponto trata de uma questão que ainda precisa ser melhor interpretada pelo poder judiciário, visto que não se coaduna com uma real garantia de direitos.

O primeiro ponto trabalhado refere-se à necessidade de laudo toxicológico para comprovar a materialidade de infração disciplinar, a qual não pode ser suprida pela confissão do acusado.

Entretanto, em posição contraditória dispensa a necessidade de laudo pericial de aparelho telefônico. Ora, se a Lei exige, para a caracterização da falta grave de aparelho que permita a comunicação com o mundo exterior, não parece razoável o reconhecimento da falta grave pela posse de acessórios ou de aparelho não periciado, visto que se não houver possibilidade de comunicação, não se pode configurar falta grave. Veja-se

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGA, APARELHO CELULAR E ACESSÓRIOS. RECONHECIMENTO DA FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **É indispensável laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior do estabelecimento prisional**, de modo que a confissão do réu não supre tal omissão, como se vê no art. 158 do Código de Processo Penal. O procedimento administrativo deve ser anulado sem a comprovação da materialidade do delito.

2. Todavia, no caso dos autos, o reeducando foi surpreendido não somente como a droga em sua posse, mas como aparelho celular e acessórios (bateria, carregador e fones de ouvido), não havendo como se afastar a ocorrência da falta grave, eis que este **Tribunal Superior firmou entendimento no sentido de que, após o advento da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como chip, carregador ou bateria, constitui falta disciplinar de natureza grave, sendo prescindível a realização de perícia no aparelho telefônico com a finalidade de se atestar sua funcionalidade.**

3. Agravo regimental desprovido.<sup>40</sup>

Acerca da necessidade de laudo toxicológico para configuração de falta grave, o E. Superior de Justiça, em importante decisão já se manifestou pela nulidade do procedimento.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 682.939/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2129207&num\\_registro=202102357798&data=20211217&peticao\\_numero=202101083842&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2129207&num_registro=202102357798&data=20211217&peticao_numero=202101083842&formato=PDF)> Acesso em 01/12/2022.

Portanto, a inexistência do laudo implica a nulidade do procedimento, não podendo ser considerado mera irregularidade que possa ser suprida.

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. APREENSÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. CONFISSÃO DO REEDUCANDO. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, **é indispensável laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior do estabelecimento prisional**, de modo que a confissão do réu não supre tal omissão, como se vê no art. 158 do Código de Processo Penal.

**2. Desse modo, é forçoso reconhecer que, sem a comprovação da materialidade do delito, a nulidade do procedimento administrativo disciplinar é medida de rigor.**

3. Agravo regimental do Ministério Público desprovido, mantida a concessão da ordem, ante a flagrante ilegalidade do reconhecimento da falta grave com base apenas na confissão do sentenciado.

(AgRg no HC n. 657.993/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021.)<sup>41</sup>

Menciona-se ainda a Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.<sup>42</sup>

De fato, na melhor interpretação, deveria se fixar a necessidade do trânsito em julgado para o reconhecimento da falta grave pela prática de crime doloso, entretanto, embora não traga uma posição garantista, a súmula define ser fundamental a existência de processo penal para apuração do fato, não permitindo a imputação da falta grave antes do recebimento da denúncia.

Inobstante a posição sumulada não seja a mais próxima dos princípios constitucionais, ante a fixação de algum limite mínimo, este deve ser utilizado para evitar maiores abusos.

A seleção dos julgados buscou encontrar parâmetros que corroboram a tema da limitação da discricionariedade do diretor penitenciário, com a fixação de alguns limites acerca da sistemática disciplinar do ambiente carcerário, entretanto, conforme Valois

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 657.993/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2127298&num\\_registro=202101022272&data=20211213&peticao\\_numero=202100955999&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2127298&num_registro=202101022272&data=20211213&peticao_numero=202100955999&formato=PDF)> Acesso em 01/12/2022.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 526.



Não é à toa que estivemos defendendo o limitado princípio da legalidade na prática jurisdicional, porque a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal e até o Código Penal, nas suas literalidades, estão mais próximos de reconhecer o preso como ser humano, do que a interpretação que o judiciário tem dado a essas legislações.<sup>43</sup>

Merece razão o autor, pois embora haja um posicionamento dos tribunais superiores sobre algumas questões e estabelecendo limites, esta não é a regra e a maioria dos casos sequer vai além dos muros do cárcere. Portanto, ainda é necessário uma postura mais forte do judiciário para o reconhecimento dos direitos dos presos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um cenário ideal, os limites existentes seriam suficientes para uma atuação contida do diretor penitenciário e em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito. Mais utópico, porém não menos necessário, se mostra a mudança na atual lógica vigente do sistema carcerário, baseada na hierarquia e submissão.

Por mais importante que seja a reformulação da lógica punitiva vigente, conforme já dito por Valois<sup>44</sup>, ainda que não se acredite na pena, pessoas estão presas, desta forma, é preciso pensar nessa realidade e em quais medidas podem ser tomadas para ao menos diminuir as constantes violações de direitos dos presos.

Propõe-se inicialmente a necessidade de uma reforma legislativa, com a alteração da Lei de Execução Penal — a qual os regulamentos estaduais deverão se adequar — para que se estabeleçam critérios objetivos para a apuração de faltas, com o estabelecimento de condutas claras, que não deixem margens para interpretações, sobretudo em relação às faltas graves, em vista das consequências na execução, como a perda de até um terço dos dias remidos e a regressão de regime. Em relação às faltas que possibilitam mais de uma interpretação, todas as interpretações devem constar na lei, em um rol taxativo.

Sabe-se, porém, que tal proposta demandaria a atuação do legislativo, o qual, há muito se mostra como conservador e punitivista. Destarte, quaisquer mudanças advindas por esta via, certamente, não serão benéficas aos fins aqui propostos, para a redução da discricionariedade do diretor penitenciário e consequente ampliação das garantias dos presos.

Algumas mudanças interpretativas, por ora, já seriam capazes de melhorar o panorama da discricionariedade do diretor. A primeira interpretação razoável, refere-se às

---

<sup>43</sup> VALOIS, Luís Carlos. Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 275.

<sup>44</sup> VALOIS, Luís Carlos. Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal. São Paulo: D'Plácido, 2020.

faltas disciplinares, porque conforme visto em momento anterior, algumas faltas leves e médias, em muito se assemelham com certas faltas graves, neste sentido, parece razoável que existindo a previsão de uma conduta como falta leve, ela deve ser assim considerada, ainda que também possa ser considerada como falta grave.<sup>45</sup>

Ademais, as sanções que demandam a restrição ou suspensão de direitos devem corresponder a situações excepcionais, neste sentido, a previsão do artigo 41, parágrafo 1<sup>46</sup> deve ser interpretada de forma taxativa, não podendo restringir outros direitos não previstos expressamente.

A restrição ou suspensão do direito à visita, por atingir direitos de outras pessoas — familiares, inclusive filhos pequenos — deve-se ser destinados a situações em que realmente haja a necessidade dessa suspensão e que a falta praticada esteja correlacionada com o exercício deste direito.

No mais, com a pandemia COVID-19 foram implementadas as visitas virtuais. Tais experiências podem ser utilizadas para as situações em que se mostre necessário a restrição deste direito, visto que, por se tratar de um ambiente mais controlado/controlável, possibilita uma maior fiscalização por parte da administração penitenciária, sem que isso venha a abalar os vínculos familiares.

O regime disciplinar estabelecido dentro das penitenciárias em muito se baseia em normativas não advindas de lei, como Estatutos e Portarias. A ampla quantidade de normas, bem como as possibilidades de interpretação dos termos com alto grau de indeterminação geram uma insegurança jurídica para todos àqueles submetidos a esse sistema.

Por certo, uma análise mais superficial poderia levar a compreensão de que ao menos em relação aos dispositivos constantes na Lei de Execução Penal, a discricionariedade encontra-se em consonância com o princípio da legalidade. Não obstante, uma análise mais detida do capítulo relativo às faltas disciplinares, facilmente nota-se que ao utilizar-se de conceitos amplos e indeterminados, a lei concede uma ampla margem para arbitrariedades, e devem ser assim chamadas visto que no estudo da temática relativa a discricionariedade percebe-se que esta não deve ser confundida com liberdade para escolher o que bem entende, enquanto aquela permite a realização de escolhas a partir de critérios subjetivos, sem qualquer fundamento na ordem jurídica e sem possibilidade de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

---

<sup>45</sup>PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e execução penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

<sup>46</sup> Art. 41- (...) Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.



Assim, é evidente a não recepção da Constituição de 1988 do modelo disciplinar adotado pela Lei de Execução Penal — e reproduzido nos regulamentos internos e estatutos penitenciários estaduais —, sendo necessário a imediata alteração destas normativas, para que se adequem não apenas a Constituição, bem como aos Tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

Em relação ao Estatuto Penitenciário do Paraná identifica-se alguns pontos em que é preciso discutir a existência (necessária) de balizas para a discricionariedade. Os principais pontos que necessitam de uma revisão no Estatuto, encontram-se no Título VI “Dos Direitos, dos Favores, das Recompensas e dos Deveres”; e no Título VII “Da Disciplina”.

O artigo 47<sup>47</sup>, ao dispor da possibilidade de restrição do direito de correspondência dos presos, utiliza das expressões “perigo para ordem” e “segurança do estabelecimento”, diante da vagueza das expressões podem ser utilizadas em quaisquer situações. Ademais, em seu parágrafo único, o Estatuto dispõe que a restrição cessará quando restabelecida a normalidade, ora, se não é possível precisar o que se trata o “perigo para ordem” como será definida a normalidade? Por certo, tais expressões possibilitam uma ampla atuação do diretor penitenciário.

O artigo 49<sup>48</sup>, embora já trabalhado em momento anterior, merece atenção pois além das críticas já formuladas acerca do estabelecimento de direitos como “favores”, também não dispõe expressamente sobre em quais situações serão concedidos os favores — além de mencionar no artigo 48 a necessidade de boa conduta —, nem mesmo critérios mínimos para a concessão gradativa dos favores.

O artigo 58<sup>49</sup>, ao dispor acerca do uso de meios de coerção, insere em seu inciso III uma cláusula aberta permitindo o uso em “circunstâncias excepcionais” quando “indispensável em razão de perigo iminente”. Embora seja possível compreender o objetivo do dispositivo, a definição de tais circunstâncias serão definidas caso a caso, podendo gerar situações de uso abusivo dos meios de coerção.

---

<sup>47</sup> Art. 47. Em caso de perigo para ordem ou a segurança do estabelecimento, a autoridade competente poderá restringir a correspondência dos presos ou dos internados, respeitados os seus direitos.

Parágrafo Único. A restrição referida no "caput" deste artigo cessará, imediatamente, quando restabelecida a normalidade.

<sup>48</sup> Art. 49. Serão concedidos favores aos presos e internados, gradativamente, de acordo com a administração do estabelecimento, que consistem (...).

<sup>49</sup> Art. 58. Os meios de coerção, tais como algemas e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos: (...)

III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo iminente para a vida do preso, do internado, do servidor ou de terceiros.

As faltas leves, médias e graves, dispostas nos artigos 61, 62 e 63 do Estatuto, certamente precisam de mais objetividade, entretanto, como o tema já fora trabalhado de forma mais aprofundada em tópico anterior, deixa-se de discorrer novamente sobre o tema.

O artigo 71<sup>50</sup> dispõe sobre a fixação da sanção, na qual, deve-se levar em conta - entre outros aspectos - o grau de adaptação à vida carcerária. A primeira questão que surge refere-se ao que é a adaptação à vida carcerária e ainda, quais são os graus existentes. Tal expressão permite a aplicação de sanções distintas para casos muito semelhantes, pois a definição deste grau de adaptação segue tão somente critérios subjetivos daquele que vai aplicar a sanção.

Por fim, menciona-se ainda o artigo 72<sup>51</sup>, segundo o qual, a sanção - de falta leve ou média - poderá ficar suspensa. E novamente não há quaisquer balizas para definir quais são as situações em que o Diretor Penitenciário poderá suspender a aplicação da sanção, levando a utilização de critérios puramente subjetivos.

Como visto, não apenas a Lei de Execução Penal precisa de critérios para a limitação da discricionariedade, mas também é preciso fixar algumas balizas para a discricionariedade conferida pelo Estatuto Penitenciário do Paraná, sobretudo em relação aos dispositivos supramencionados, os quais conferem grande margem de atuação/interpretação para o Diretor Penitenciário e certamente não se adequam aos parâmetros da legalidade, nos termos trabalhados.

---

<sup>50</sup>Art. 71. Na fixação da sanção ter-se-á em conta a natureza da falta, o grau de adaptação à vida carcerária, o tempo de prisão e primariedade ou reincidência.

<sup>51</sup> Art. 72. Em se tratando de falta leve ou média, a sanção imposta poderá ficar suspensa até 30 dias, a juízo do presidente do Conselho Disciplinar, para observação da conduta do preso ou internado que, sendo satisfatória, importará no cancelamento da sanção.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502189904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502189904/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 657.993/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2127298&num\\_registro=202101022272&data=20211213&peticao\\_numero=20210095599&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2127298&num_registro=202101022272&data=20211213&peticao_numero=20210095599&formato=PDF)> Acesso em 01/12/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 682.939/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2129207&num\\_registro=202102357798&data=20211217&peticao\\_numero=202101083842&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2129207&num_registro=202102357798&data=20211217&peticao_numero=202101083842&formato=PDF)> Acesso em 01/12/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 752.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2210827&num\\_registro=202201966756&data=20220913&peticao\\_numero=202200613178&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2210827&num_registro=202201966756&data=20220913&peticao_numero=202200613178&formato=PDF)> Acesso em 01/12/2022.

CESANO, José Daniel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. Bol. Mex. Der. Comp. [online]. 2003, vol.36, n.108, pp.863-889. ISSN 2448-4873.

\_\_\_\_\_. Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en busca de los límites del legislador y de la administración. ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2008, p. 283, 2008.

\_\_\_\_\_. Una ventana a la discrecionalidad penitenciaria: medios de coerción y sanciones disciplinarias. Ensayo histórico-metodológico. Lima, Perú: Revista Actualidad Penal, ed. 66, diciembre, 2019, p. 275 -283.

FILHO, José dos Santos C. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>>. Acesso em: 21/11/2022.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Comentários à Lei de Execução Penal. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e execução penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>>. Acesso em: 21/11/2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estada. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. Execução Penal: teoria e prática -livro eletrônico-. 5 ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 110 - 111.

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

VALOIS, Luís Carlos. Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal. São Paulo: D'Plácido, 2020.