

DA OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NO DECRETO 6.877 DE 2009, QUE REGULAMENTA A INCLUSÃO DE PRESOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL

THE OCCURRENCE OF *BIS IN IDEM* IN DECREE 6.877 OF 2009, WHICH REGULATES THE INCLUSION OF PRISONERS IN THE FEDERAL PRISON SYSTEM

Paola Soldatelli Borsato

Graduanda em Direito pela UFPR. Pesquisadora da Clínica de Acesso à Justiça e Educação nas Prisões (CAJEP-UFPR).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2237456070502740>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4899-3537>

psborsato2811@gmail.com

Resumo: Este trabalho busca analisar a possível ocorrência de *bis in idem* no Decreto 6.877/2009 quando considerado o macrosistema punitivo do ordenamento jurídico. Para isso, pretende-se introduzir a temática do Sistema Penitenciário Federal, sua conexão com as supermaxes estadunidenses e a política penitenciária de exceção que permeia esse contexto. Ademais, busca-se analisar a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* entre sanções administrativas e penais, com especial ênfase no Decreto 6.877. Por fim, propõe-se que a vedação ao *bis in idem* deve abarcar, também, a execução penal, para que as disposições constitucionais sejam preservadas.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Federal; *bis in idem*; Execução Penal.

Abstract: This work analyzes the possible occurrence of *bis in idem* in Decree 6.877/2009 when considered the legal punitive macro system. For this, it is intended to introduce the theme of the Federal Penitentiary System, its connection with the American supermaxes, and the exceptional penitentiary policy that permeates this context. Furthermore, it seeks to analyze the possibility of *bis in idem* between administrative and criminal sanctions, with particular emphasis on Decree 6.877. Finally, it is proposed that the prohibition of *bis in idem* should also encompass penal execution to preserve the constitutional provisions.

Keywords: Federal Prison System; *bis in idem*; Execution of criminal sanctions.

1. Introdução

O Sistema Penitenciário Federal (SPF) foi instituído em meados da década de 2000, após a ocorrência de atentados violentos e rebeliões nas penitenciárias brasileiras. A constatação da evidente falência do sistema prisional estadual fez com que o SPF se tornasse uma “válvula de escape”, fundamentando-se, sobretudo, na necessidade de reprimir as ações das organizações criminosas.

O SPF tem como inspiração as *supermaxes*, prisões norte-americanas que foram inventadas com o intuito de isolar presos considerados de alto risco ou vistos como difíceis de controlar, ou seja, têm como pressupostos essenciais a segurança, o controle e o isolamento (SHALEV, 2011, p. 153). São algumas as normas que regem o Sistema Penitenciário Federal, como a Lei 11.671/2008, o Decreto 6.049/2007 e o Decreto 6.877/2009, as quais, apesar de tratarem da execução da pena, também podem ser interpretadas como dispositivos administrativos.

Partindo dessa distinção, a jurisprudência brasileira vem permitindo a inclusão e a manutenção discricionária de apenados no SPF, considerando a independência entre as esferas administrativa e penal. Entretanto, como se verá neste trabalho, o entendimento de que esses setores são plenamente independentes acaba por ferir garantias fundamentais, a justificar a ocorrência de *bis in idem* durante a execução penal e a demonstrar que o ordenamento jurídico não pode ser interpretado como uno.

2. Breves comentários acerca da criação do Sistema Penitenciário Federal

Entre o final do século XX e o início do século XXI, ganharam relevância, especialmente nos EUA, as propostas penitenciárias de isolamento a longo prazo, resultando nas chamadas *supermaxes* – prisões de segurança “supermáxima”. Esse padrão de encarceramento era voltado a apenados classificados como de alta periculosidade ou de difícil contenção (SHALEV, 2011, p. 153).

O regime imposto nas *supermaxes* estadunidenses baseia-se no isolamento de 22 a 24 horas por dia, em celas de aproximadamente 5,5 m² a 7,4 m², as quais ou não têm janelas ou dispõem de uma janela muito pequena, restringindo qualquer contato visual do preso com o mundo exterior. Em algumas localidades, as visitas são permitidas e as conversas, que podem ser monitoradas e gravadas, são realizadas por telefone. O contato por cartas, a não ser que seja correspondência escrita jurídica, é monitorado (SHALEV, 2011, p. 154).

As características do SPF foram alteradas pelo Pacote Anticrime e hoje estão dispostas no artigo 3º, § 1º, da Lei 11.671, o qual impõe o recolhimento em cela individual, visitas de familiares e amigos por meio virtual ou parlatório – com filmagem e gravações –, e banho de sol de até duas horas diárias e monitoramento dos meios de comunicação.

É notória, assim, a influência das *supermaxes* dos EUA nas penitenciárias federais brasileiras. Contudo, a implementação desse sistema expôs a regência de uma política penitenciária de exceção incompatível com os preceitos democráticos constitucionais (CACICEDO, 2020, p. 259).

No aspecto normativo, os presídios federais já estavam previstos na redação original da Lei de Execução Penal, mas a proposta não previa que as penitenciárias deveriam ser de segurança máxima. Na realidade, o Sistema Penitenciário Federal, nos moldes hoje consolidados, só começou a ser pensado a partir da Lei 8.072/1990, conhecida como a Lei de Crimes Hediondos, a qual prevê a inclusão de “condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública” (Art. 3º) (CACICEDO, 2020, p. 264-265; REISHOFFER; BICALHO, 2013, p. 168). Nasce aqui, portanto, o “perfil federal”.

Acertadamente informam **Reishoffer e Bicalho** (2013, p. 165-166) que o SPF e o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) decorrem da mesma lógica penal, qual seja, a de formulação de políticas penitenciárias de exceção que visam a neutralizar e isolar determinados apenados com base em uma pretensa classificação de alta periculosidade, o que resulta em medidas extremamente restritivas e na mínima disposição de direitos e garantias constitucionais.

Vislumbra-se uma forma de marketing político que se fundamenta no suposto combate ao crime, de retomada do controle no âmbito carcerário e no impedimento de ataques e articulações no mundo externo, sendo que esses discursos fazem claro aceno à criminologia positivista e demonstram o completo afastamento do ideal de ressocialização do apenado, sendo que o cárcere consegue se sustentar apenas por essas manifestações punitivistas (REISHOFFER; BICALHO, 2013, p. 169-170).

O Sistema Penitenciário Federal, então, deve ser visto como mais uma criação infundada do populismo penal, o mesmo pensamento que determinou a prisão como principal forma de repressão e prevenção ao crime no ordenamento jurídico brasileiro, e que, invariavelmente, mostrou-se ineficaz. Entende-se que o combate ao crime deve ser pensado de forma racional, não deve passar pela ruína de garantias constitucionais, nem tampouco pelo recrudescimento penal baseado no medo.

Ainda, destaca **Cacicedo** (2020, p. 269): “como é próprio de um regime de exceção, a regulamentação do funcionamento do Sistema Penitenciário Federal foi editada por norma administrativa. O Decreto 6.049, de fevereiro de 2007, constitui uma espécie de ‘Lei de Execução Penal’ de um regime de aprisionamento que vigora à margem da lei”. Não obstante, apenas com o Decreto 6.877/2009, norma tipicamente administrativa, os critérios objetivos para a transferência de presos ao SPF foram delimitados (CACICEDO, 2020, p. 268).

3. Bis in idem material: interseções entre as sanções penais e administrativas

O princípio do *ne bis in idem*, timidamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro,¹ serve como parâmetro para a abordagem repressiva do Estado, ao passo que tenta barrar o uso indiscriminado e indevido das ferramentas sancionatórias estatais e controla a atuação dos órgãos aptos a promover a persecução penal e a fiscalizar a atividade pública (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 103) – na realidade, este princípio se manifesta por meio de duas máximas: o princípio da legalidade material e da proporcionalidade. Para além disso, deve ser interpretado como direito fundamental de caráter constitucional, o que demonstra a sua incidência na linha ténue que distingue duas instâncias: a penal e a administrativa (ARÊDES, 2018, p. 207).

A teorização de cunho processual da vedação ao *bis in idem* se expandiu e começou a ser aplicada também no âmbito material. Sendo assim, o *ne bis in idem* indica o impedimento a uma dupla sanção em virtude da prática de um único fato. Significa, então, verdadeira interdição da atividade sancionatória, persecutória e processual (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 106).

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência majoritárias, a despeito das novas interpretações dadas ao *ne bis in idem* no cenário internacional, ainda impedem o completo desenvolvimento do princípio no panorama brasileiro ao optarem pela teoria da unidade do poder punitivo estatal, segundo a qual as instâncias penal e administrativa devem ser vistas como integralmente independentes (ARÊDES, 2018, p. 207).

Nesse sentido, **Costa** (2013) defende a noção de um *ne bis in idem* transversal, posto que é ilusória a autonomia completa entre as esferas administrativa e penal, tratando-se de um verdadeiro erro metodológico.² Assim, o paradigma defendido na doutrina e jurisprudência brasileiras resulta em paradoxos e afasta a ideia de um ordenamento jurídico verdadeiramente integrado, expondo um sistema composto por normas jurídicas que não se conectam.

A partir dessa perspectiva, compreende-se por necessária a interpretação extensiva do princípio, de forma que prevaleça a tutela reforçada dos direitos fundamentais, resultando a sanção penal e administrativa no espaço em que sempre deveria ocupar: o de *ultima ratio*. A dupla sanção, nesses termos, demonstra-se intrinsecamente desproporcional (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2021, p. 121). À vista disso, não se vislumbra motivo pelo qual o princípio do *ne bis in idem* não poderia ser aplicado também na fase executória da pena.

4. O Decreto 6.877, de 2009, no macrosistema punitivo

Constata **Arêdes** (2018, p. 204) que inexistem diferenças materiais entre infrações administrativas e sanções penais, haja vista que o poder punitivo é delimitado a partir da forma que aplica a pena e, essencialmente, no exercício desse poder. Em semelhante modo informa **Nelson Hungria**, que, ao analisar as divergências e convergências entre os ilícitos penais e administrativos, cita **Bentham**, segundo o qual: “as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas ‘sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapamúndi’” (HUNGRIA, 1945, p. 24).

Entre todas as críticas que poderiam ser feitas ao Sistema Penitenciário Federal (SPF), a possibilidade de dupla punição do apenado que foi condenado por “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” (Art. 2º da Lei 12.850) ainda não foi trabalhada extensivamente pela doutrina. Deve ser ressaltada, ainda, a possibilidade de agravação da pena para quem “exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução” (Art. 2º, § 3º, da Lei 12.850).

O Art. 3º do Decreto 6.877 estipula as condições para inclusão ou transferência do preso, sendo que o primeiro inciso já indica o desempenho de função de liderança ou a participação relevante em organização criminosa como característica, por si só, apta a justificar o cumprimento da pena no Sistema Penitenciário Federal. Partindo desses pressupostos, percebe-se que o réu condenado por integrar organização criminosa pode ser transferido, a qualquer tempo, ao sistema federal, desde que haja requerimento pela autoridade administrativa, pelo Ministério Público ou pelo próprio apenado.³

Mesmo antes do Pacote Anticrime, **Gabriel Cesar dos Santos** já denunciava a ocorrência de *bis in idem* no inciso I do Art. 3º do Decreto 6.877, ainda que não tenha desenvolvido pormenorizadamente a questão. Assim, segundo o autor: “Há, neste inciso, inequívoca

violação ao princípio penal do *non bis in idem*, uma vez que a participação em organização criminosa, por si só, já é motivo para condenação criminal, havendo, ao menos, dois tipos penais previstos em nossa legislação para esta conduta” (SANTOS, 2018, p. 323).

Outrossim, o pleito de prorrogação da permanência do apenado no SPF, por não exigir a motivação por novas ocorrências, demonstra o uso indiscriminado do poder administrativo sancionador.⁴ Destaca-se, ainda, a faculdade da autoridade administrativa para requerer o processo de transferência, o que destaca, mais uma vez, o caráter administrativo da punição.

Nota-se, portanto, que não se pode interpretar a vedação ao *bis in idem* de forma limitada. Assim, a imposição de um regime extremamente restritivo, pressuposto elementar do Sistema Penitenciário Federal, também deve ser analisada.

Para Hungria (1945, p. 27), a inexistência de diferenciações substanciais entre ilícitos penais e administrativos indica, ainda, a inexistência de distinção entre as penas de ambos os substratos. O autor informa, então, que a pena tem duas funções: por um lado, é a resposta estatal dada ao ilícito; por outro, intimida e coage psicologicamente o autor, de forma a prevenir o ilícito. Considerando a pena imposta no SPF, verifica-se que essa está, nos parâmetros prescritos por Hungria, também no limbo que diferencia a sanção administrativa da penal. Além disso, é manifesto o objetivo de criação de obstáculos para comunicação entre os internos do SPF como forma de prevenir a ocorrência de novos ilícitos. Sendo assim, o cumprimento da pena no SPF, nos termos determinados em lei, corresponde a uma punição severa concomitantemente administrativa e penal.

Ademais, há de se ressaltar que o exercício do poder punitivo estatal deve ser interpretado como um próprio macrossistema punitivo, composto de diversos âmbitos de punição, os quais devem ser interpretados conjuntamente sob a ótica do *ne bis in idem*. Ou seja, a punição, nesses termos, não deixa de ser extremamente degradante apenas por ter sido imposta por esferas diversas. Para além disso, a reprovabilidade do réu – representada, no SPF, pelo que chamam de

“alta periculosidade” – não deve ser vista como permissão ao Estado para a instituição de sanções intoleráveis pelo apenado.

No contexto das *supermaxes*, anteriormente apresentadas, pode-se dizer que, mesmo se essas prisões abrigassem os presos a que oficialmente se propõem, o isolamento social, a restrição de estímulos sensoriais, as rotinas humilhantes, bem como outras restrições infligidas a esses apenados não poderiam ser justificadas como necessárias sob a perspectiva da penologia (SHALEV, 2011, p. 155).

Vislumbra-se, então, a ocorrência de *bis in idem* no processo de transferência e inclusão do preso no Sistema Penitenciário Federal, haja vista que o apenado condenado por participação em organização criminosa (Art. 2º da Lei 12.850) pode ser discricionariamente transferido, durante a fase de execução da pena, a um sistema extremamente repressivo e restritivo de direitos (Art. 3º do Decreto 6.877), culminando em uma dupla sanção, sendo esta última – a de inserção no SPF – manifestamente ilegal.

5. Conclusão

A ilusória noção de independência absoluta das esferas administrativa e penal ascende a uma posição de destaque em um sistema punitivista e que tem como objetivo – ainda que não normativamente manifesto – o isolamento de presos baseado no estigma da “alta periculosidade”, o qual não deveria ter espaço em um contexto de Estado de Direito.

Nesse sentido, a inclusão de apenados no Sistema Penitenciário Federal motivada pela condenação por participação em organização criminosa representa nítido *bis in idem* no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a imposição de uma pena deliberadamente mais gravosa ao preso, considerando a dupla sanção aplicada: em primeiro lugar, a pena em si e, em seguida, a forma extremamente restrita de cumprimento da pena. Necessária, portanto, a revisão desse posicionamento jurisprudencial, o qual não considera o ordenamento jurídico como um todo e fere garantias fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Notas

¹ De acordo com Etócles Brito Mendonça Dias Júnior e Ricardo Alves de Lima (2021, p. 103), apesar de não ter sido expressamente previsto na Constituição de 1988, o princípio do *ne bis in idem* tem disciplinamento mais expressivo nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

² Em sede do Agravo em Execução Penal, o Des. Antonio Loyola Vieira decidiu que: “A aplicação de sanção administrativa não impede o reconhecimento da falta grave e a aplicação de sanções com efeitos penais, uma vez que, as esferas administrativa e judicial são autônomas.” (TJPR - 1ª C.Criminal - 0003496-62.2018.8.16.0009 - Curitiba - Rel.: Desembargador Antonio Loyola Vieira - J. 14/03/2019), o que demonstra o entendimento da jurisprudência brasileira.

³ Art. 5º da Lei 11.671: “São legitimados para requerer o processo de transferência, cujo

início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso.”

⁴ Destaca-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “para a prorrogação do prazo de permanência no sistema federal de segurança máxima, não é imprescindível a ocorrência de fato novo. Esta Corte Superior entende que, na hipótese de persistência dos motivos que ensejaram a transferência inicial do preso, é possível manter a providência excepcional em decisão fundamentada.” (STJ - AgRg no CC: 158867 PE 2018/0132114-0, Relator: Ministro Rogério Schiatti Cruz, Data de Julgamento: 14/08/2019, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJE 21/08/2019).

Referências

ARÊDES, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 52, 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/818>. Acesso em: 27 set. 2022.

CACICEDO, Patrick. Lei “Anticrime” e o sistema penitenciário federal: velhos rumos de uma política penitenciária de exceção. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (org.). *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Ematis, 2020. p. 259-278. Disponível em: https://www.academia.edu/download/65040699/CACICEDO_Patrick_lei_anticrime_e_o_sistema_penitenciario_federal.pdf. Acesso em: 27 set. 2022.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DIAS JÚNIOR, Etócles Brito Mendonça; LIMA, Ricardo Alves de. *Ne bis in idem* penal, processual e na sanção administrativa. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 6, n. 1, p. 100-142, 2021. Disponível em: <https://ricp.org.br/index.php/revista/article/view/39>. Acesso em 27 set. 2022.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302>. Acesso em: 26 ago. 2022.

REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O regime disciplinar diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: a “reinvenção da prisão” através de políticas penitenciárias de exceção. Revista Polis e Psique, v. 3, n. 2, p. 162-184, 2013. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/PolisePsique/article/view/43094>. Acesso em: 27 set. 2022.

SANTOS, Gabriel Cesar dos. *Sistema Penitenciário Federal e a violação dos direitos individuais do preso: uma reflexão crítica sobre os critérios de seleção dos inimigos do Estado brasileiro*. Revista da Defensoria Pública da União, v. 1, n. 9, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/86>. Acesso em: 26 ago. 2022.

SHALEV, Sharon. *Solitary confinement and supermax prisons: a human rights and ethical analysis*. Journal of Forensic Psychology Practice, v. 11, n. 2-3, p. 151-183, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232933046_Solitary_Confinement_and_Supermax_Prisons_A_Human_Rights_and_Ethical_Analysis. Acesso em: 27 set. 2022.

Recebido em: 09.12.2022 - Aprovado em: 06.01.2023 - Versão final: 29.01.2023