

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB
CURSO DE DIREITO

ÉRICA LISBOA DA SILVA

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA HOMOLOGAÇÃO DE FALTA
GRAVE PELA PRIMEIRA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO TERMO
JUDICIÁRIO DE SÃO LUÍS**

São Luís

2016

ÉRICA LISBOA DA SILVA

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA HOMOLOGAÇÃO DE FALTA
GRAVE PELA PRIMEIRA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO TERMO
JUDICIÁRIO DE SÃO LUÍS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Me. Adriano Damasceno

São Luís

2016

ÉRICA LISBOA DA SILVA

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA HOMOLOGAÇÃO DE FALTA
GRAVE PELA PRIMEIRA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO TERMO
JUDICIÁRIO DE SÃO LUÍS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Adriano Damasceno (Orientador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

1º examinador

2º examinador

(Suplente)

À minha família, meus amores, minha força, meu porto seguro!

AGRADECIMENTOS

A realização desse trabalho foi possível graças o apoio de algumas pessoas. A elas meu sentimento de gratidão.

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e por todas as graças que me permitiu conquistar nos últimos cinco anos.

Aos meus pais, por todo incentivo, confiança e por apoiarem, desde o início, todos os meus sonhos e metas.

Aos meus irmãos por toda amizade e por serem, diariamente, meu apoio.

À minha família, por todo carinho e por aceitarem os tantos momentos que precisei me fazer ausente.

Ao meu Orientador, Adriano Antunes Damasceno, que foi responsável em me despertar um olhar crítico sobre o tema. Obrigada por toda paciência, confiança e liberdade. Se antes já lhe admirava, agora muito mais. Levarei seus ensinamentos para além do curso.

À Defensoria Pública do Estado do Maranhão, órgão que além de me abrir um universo diante dos olhos, foi essencial para realização da pesquisa. Principalmente, ao Defensor, Lucio Lins Siqueira Ramos, que me permitiu conhecer, ao seu lado, um pouco da prática da execução penal e aos meus amigos de estágio do Núcleo de Execuções Penais por sempre estarem abertos a discussões sobre o tema.

Aos meus companheiros do Núcleo de Prática Jurídica, Alexandre Magalhães e Helma Guimarães, por tornarem essa fase mais leve.

Às minhas amigas, Andressa Santos, Beatriz Viana, Camila Dias, Rafaela Lima e Thamyres Rodrigues por todo auxílio e companheirismo, sem dúvidas, vocês foram essenciais.

Aos demais que contribuíram direta ou indiretamente para a minha chegada até aqui. Muito obrigada!

“As pessoas creem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas creem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não”.

Francesco Carnelutti

RESUMO

O presente trabalho monográfico buscou analisar frente à primeira Vara de Execuções Penais do termo judiciário de São Luis, se ao realizar a homologação das faltas, o juízo segue o disposto em lei e na súmula 533 do STJ. Ou seja, se o reconhecimento da prática de falta disciplinar grave é antecedida do procedimento administrativo disciplinar que garante ao apenado o contraditório e ampla defesa em fase administrativa. Para colher os dados necessários, utilizou-se de uma metodologia indutiva, realizando a pesquisa frente às notificações realizadas à Defensoria Pública do estado do Maranhão, nos meses de janeiro a março de 2016, sobre procedimentos administrativos instaurados para apuração de falta grave, tendo-se acompanhado o desenrolar dos processos até a homologação da falta. Apurou-se assim, dentro das decisões de homologações recortadas que há um grande número de decisões em que o juízo não dá ao apenado a garantia ao contraditório e a ampla defesa, ou seja, há o descumprimento do disposto em lei.

Palavras-chave: Execução penal. Homologação de falta Grave. Súmula 533 STJ. Contraditório. Ampla Defesa.

ABSTRACT

The present monographic work sought to analyze before the first Court of Criminal Executions of the judicial term of São Luis, if in accomplishing the homologation of absences the court follows the provisions of law and the 533 STJ summons. That is, if the recognition of the practice of serious disciplinary offense is preceded by the administrative disciplinary procedure that guarantees the grievant the contradictory and ample defense in administrative phase. In order to collect the necessary data, we used an inductive methodology, conducting the survey in the light of the notifications made to the Public Defender's Office of the state of Maranhão, from January to March 2016, on administrative procedures established for the determination of serious misconduct. Accompanied by the progress of the proceedings until the absence has been approved. It was thus found, in the decisions of approvals cut off that there are a large number of decisions in which the court does not give the victim the guarantee to the adversary and the ample defense, that is, there is the non-compliance with the law.

Keywords: Criminal enforcement. Severe fault approval. Summary 533 STJ. Contradictory. Wide Defense.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
EPJ	Especialistas Penitenciários Jurídicos
LEP	Lei de Execuções Penais
MP	Ministério Público
PAD	Procedimento Administrativo Disciplinar
Rcl	Reclamação
RDD	Regimento Disciplinar Diferenciado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
VEP	Vara de Execuções Penais

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Faltas homologadas	48
Gráfico 2	Tipos de faltas homologadas sem PAD	49
Gráfico 3	Faltas homologadas sem efeitos práticos	51

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL	14
2.1	Princípio da Jurisdicionalidade	16
2.2	Princípio da Legalidade	19
2.3	Razoável duração do processo	21
2.4	Duplo grau de jurisdição	23
2.5	Princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa	24
3	APURAÇÃO DAS FALTAS GRAVES NA EXECUÇÃO PENAL	27
3.1	Deveres na Execução Penal	27
3.2	Direitos na Execução Penal	30
3.3	Disciplina na Execução Penal	31
3.4	Faltas disciplinares da execução penal: leves, médias e graves	32
3.5	O procedimento administrativo para apuração da falta disciplinar conforme o Decreto Estadual Nº 31.356/2015	34
3.6	Consequências jurídicas do reconhecimento de faltas graves	37
3.6.1	Suspensão da concessão de benefícios	37
3.6.2	Revogação das saídas temporárias	38
3.6.3	Regressão de regime	39
3.6.4	Interrupção da contagem do prazo para progressão de regime	40
3.6.5	Revogação dos dias remidos	41
4	O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA HOMOLOGAÇÃO DE FALTAS GRAVES	43
4.1	Homologação de faltas graves pela primeira vara de execuções penais de São Luís- MA	47
4.1.1	Apresentação dos dados.....	48
5	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A Execução penal compreende um conjunto de princípios e normas que possuem como principal finalidade o *jus puniendi* estatal¹ e a ressocialização do indivíduo. Assim, no que concerne aos deveres do sentenciado, este está obrigado a submeter-se às normas de execução, possuindo o Estado o direito de exigir seu cumprimento, bem como empregar os meios coercitivos e disciplinares necessários à defesa da ordem dos estabelecimentos prisionais.

Dando-se enfoque ao caráter jurisdicional da execução penal do ponto de vista das garantias da defesa, o apenado não é mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, é necessário mais que mera ordenação de atos, é necessário que sejam asseguradas ao condenado as garantias constitucionais do “devido processo legal”: o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual e a *par condicio*.

Assim, para a aplicação de sanção disciplinar por falta de natureza grave, há a necessidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar, no âmbito da administração carcerária.

Esse poder disciplinar, por sua vez, é exercido pela autoridade administrativa a quem se sujeita o condenado. Portanto, compete ao diretor do estabelecimento prisional apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave, e aplicar eventual sanção.

Contudo, a prática de falta grave gera algumas sanções que só podem ser aplicadas pelo juiz da execução, a exemplo da regressão de regime (art. 118, I), da revogação de saída temporária (art. 125), da perda de dias remidos (art. 127) e da conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º). Por isso a Lei de Execuções Penais determina que, na hipótese de falta grave, o diretor do estabelecimento deve representar ao juiz da execução, para que, eventualmente, sejam aplicadas as sanções de sua competência. O juiz, então, para aplicação da sanção, tendo por base o processo

¹ Conforme dispõe (MARCÃO, 2010) a execução penal deve objetivar a integração social do condenado (adotando-se a teoria mista ou eclética), segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetivando-se assim, por meio da execução, punir e humanizar.

Administrativo Disciplinar, considerado imprescindível pelo STJ², homologará a falta disciplinar caso esta tenha obedecido ao contraditório e ampla defesa exigível.

A fim de demonstrar a necessidade de observância das garantias constitucionais durante a execução, o primeiro capítulo demonstrará os princípios constitucionais, que incidem e precisam ser observados na execução penal. Esses princípios serão percorridos transversalmente à análise da homologação de falta grave, proporcionando uma espécie de costura ao texto. Sendo a todo tempo, o problema principal da pesquisa, refundado pelos princípios sustentados. Vez que o sentenciado não pode ser submetido a imposições que não estão de acordo com o disposto em lei e, mais, que ferem os princípios basilares que regem a execução.

Após referidas exposições, será feita uma análise dos direitos, deveres e disciplina na execução, bem como as faltas que podem ser imputadas a esse apenado caso descumpra a disciplina que lhe é imposta. E a forma que deverá ser apurada e homologada essa falta tanto no estabelecimento prisional como no juízo da execução.

Por fim, será exposto se nas faltas graves que são cometidas por apenados e encaminhadas à Primeira Vara de Execução Penal desta Capital estão sendo obedecidos os princípios inerentes da Execução, entre eles o contraditório e a ampla defesa, nos processos administrativos instaurados que é considerado como imprescindível para o reconhecimento dessa falta grave. Ademais, a aplicação de sanção disciplinar, sem assegurar ao condenado o direito ao contraditório e à ampla defesa, torna o procedimento eivado de nulidade.

O interesse em analisar se na prática local há obediência ao contraditório e à ampla defesa previstos em lei para garantia da defesa do apenado durante os procedimentos administrativos instaurados, se deu em razão de se deparar com essa problemática constantemente durante análises processuais de apenados que se encontravam cumprindo pena em regime fechado, que foram feitas como estagiária da Defensoria Pública do estado do Maranhão.

Assim, o presente trabalho partiu de uma verificação em dados particulares frente às homologações realizadas pela Primeira Vara de Execuções do termo judiciário de São Luis para chegar às conclusões gerais. Tratando-se, de uma pesquisa indutiva e de uso de correntes jurisprudenciais, pois além de mostrar a forma como deve ser realizado o reconhecimento das faltas disciplinares, verificou através das notificações realizadas à Defensoria Pública do

² Súmula 533 do STJ

estado do Maranhão, nos meses de janeiro a março de 2016, que trataram da apuração do cometimento de faltas graves, se as decisões homologadas por esse juízo seguiram e o disposto na súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça, dando ao acusado a garantia ao contraditório e à ampla defesa nas imputações. De maneira complementar, teve a utilização de fontes bibliográficas, dissertações, teses e jurisprudências que fazem referência ao corpo que embasou a presente pesquisa.

2 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL

Os princípios, originalmente, derivavam de uma perspectiva ligada à existência de um Direito Natural, ou seja, estavam entrelaçados às ordens normativas como a moral, ética, religião, economia e costumes em geral de determinada sociedade.

Com o advento do positivismo, conforme afirma Bonavides (2016), os princípios passaram por uma “etapa intermediária”, sendo considerados como princípios gerais do direito, verdadeiras fontes secundárias que tinham como função impedir o vazio normativo caso inexistisse regras. Ou seja, possuíam caráter supletivo de auxiliar o intérprete na interpretação e na integração do ordenamento jurídico (FERNANDES, 2015).

Já com o advento do pós-positivismo, como bem cita Fernandes (2015), os princípios passaram a serem considerados tão normas como as regras jurídicas. Deixando de ser, assim, mera fonte supletiva e passando a ter força normativa³ plena e ser usado de forma principal, tanto quanto as regras em situações de aplicação.

Assim, as Constituições criadas da segunda metade do século XX e dando-se foco à Constituição Federal de 1988, como dizia Kelsen (2007), é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, possuindo autoprímazia normativa e caráter fundacional, onde as demais normas infraconstitucionais encontram validade, apresentam como gênero normas constitucionais que possuem como espécie as regras e princípios.

No mesmo sentido, Robert Alexy (2012), também defensor da corrente pós-positivista, considera que os princípios, ao lado das regras, não possuem uma dimensão apenas axiológica, sem aplicabilidade e sem eficácia jurídica, mas são normas jurídicas com grau máximo de juridicidade.

Canotilho (2003), por sua vez afirma que a Constituição é uma norma como as demais outras, mas é, também, uma “*lei-quadro*”, ou seja, a Constituição passa a ser tida como um sistema aberto de argumentação, permitido pela aplicação de princípios que exigem uma atividade criativa e concretizadora de quem os interpreta, para captar as mudanças sociais.

Deste modo, faz-se necessária a distinção entre regras e princípios para que se possa verificar a aplicação nos demais ramos do direito. Adotar-se-á, para tanto, a

³ Nesse mesmo sentido Ferrajoli (1999, p. 20) afirma que a densificação dos princípios os transformou em paradigmas materiais (substancial) de validade das normas e dos atos administrativos. Assim, uma norma mesmo tendo existência formal, caso viole um princípio constitucional, torna-se inválida por contrastar com uma norma substancial.

classificação que toma as regras e princípios como gêneros da norma⁴, sendo que ambas possuem caráter obrigatório.

Para Alexy (2012) as regras são consideradas normas que só podem ser cumpridas ou não, ou seja, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, as demais não serão, tendo assim uma aplicação direta. Ademais, as regras limitam-se a traçar uma conduta e, caso ocorra o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito. E no caso de colisão entre regras, deverá uma delas ser considerada inválida.

Quanto aos princípios, esses possuem alto grau de abstração, necessitando para sua aplicação, no caso concreto, como já dito acima, da interpretação e mediação de juízes e legisladores. São ainda considerados normas jurídicas de “*otimização*”, que necessitam de um balanceamento de interesses e valores, cabendo ponderação entre os princípios que forem conflitantes. Nesse mesmo sentido, afirma Canotilho (2003. p. 1160):

Os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.

Deste modo, é imperioso destacar o papel desempenhado pelos princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Considerados preceitos com um conteúdo amplo, que servem para a integração, interpretação e aplicação das garantias constitucionais nas diversas áreas do direito, ou seja, conferem critérios de elaboração, aplicação e interpretação das regras jurídicas.

Quanto à interpretação e aplicação das normas, em matéria de execução penal, “são permanentemente norteados por princípios contidos na Constituição Federal, Código de Processo Penal, Código Penal, Lei de Execução Penal e nos tratados e Convenções internacionais em matéria penal e de direitos humanos” (ROIG, 2016, p. 29).

Assim, tomando em consideração o papel que possuem, os princípios de tutelar o exercício de direitos fundamentais, esses devem possuir perfeita aplicabilidade na execução penal, vez que o direito da pessoa presa que deve ser restringido é sua liberdade⁵, devendo ser assegurado, sem restrições, o exercício de se pronunciar nos atos processuais e se manifestar em sua defesa.

⁴ Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado (GUASTINI; DALLE *apud* ÁVILA, 2009, p. 30).

⁵ Até mesmo seu direito fundamental, a liberdade é resguardada quando se estabelece a proibição de penas perpétuas, bem como a possibilidade de progressão de regime. Cabe ainda frisar, sua restrição de direito ao voto.

Na essência, os princípios da execução penal são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas. Essa definição traz consigo duas premissas fundamentais, que devem permear todos os princípios. A primeira delas é de que jamais um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direitos ou justificar maior rigor punitivo sobre as pessoas presas. Princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo, não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal, muito menos instrumentos de governo da pena. (ROIG, 2016, p. 30, 31).

Ademais, após a condenação do indivíduo, torna-se necessário buscar instrumentos de proteção, haja vista a fragilidade deste mediante o poder do Estado e a necessidade de adequar a legislação ao espírito democrático da Constituição.

Diante desse breve esboço a respeito da normatividade dos princípios constitucionais, passa-se a uma análise pormenorizada de alguns princípios e sua repercussão no campo da execução. Vez que, como leciona Roig (2016, p. 30), a interpretação dos princípios e das demais normas jurídicas, em matéria de execução penal, deve ser *pro homine*, ou seja, deve ser sempre aplicada, no caso concreto, à solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia do indivíduo.

Cabe mencionar que a escolha dos princípios se deu em razão da maior observância que estes devem ter durante a instauração, apuração e homologação dos procedimentos administrativos disciplinares, sem prejuízo de outros preceitos tão quanto importantes para a execução penal, como o princípio da humanidade, não discriminação das pessoas presas, individualização da pena, presunção de inocência e o *numerus clausus* (número fechado). Assim, abordar-se-á, neste estudo, *os princípios da Jurisdicionalidade, legalidade; duplo grau de jurisdição; devido processo legal; razoável duração do processo; ampla defesa e contraditório.*

2.1 Princípio da Jurisdicionalidade

Muito se discute na doutrina quanto à natureza jurídica da execução penal, se esta seria jurisdicional, administrativa (por envolver o direito penitenciário) ou até mesmo híbrida. O entroncamento entre essa atividade jurisdicional e administrativa ocorre porque “o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo” (NUCCI, 2014, p. 941).

Para os defensores⁶ do plano administrativo, ao ser prolatada a sentença condenatória, é esgotada a função jurisdicional e repassa ao estado a expiação da pena. Assim, os deveres e obrigações a serem cumpridos pelos condenados são impostos pelo administrador de presídio, devendo o apenado sujeitar-se à sua reprimenda, sem cogitar-se a existência de direitos.

Aury Lopes (2007) destaca que o problema do processo penal está nos seus dois extremos, qual seja, o inquérito policial e a execução da pena. Sendo ambos, considerados administrativos e inquisitivos, deixando o sujeito passivo em completo abandono, sendo tratado como objeto e sem garantias.

Para Schmidt (2007, p.220), defensor da Jurisdicionalidade da execução, um caso que revela resquícios de administrativização da execução penal, é a “possibilidade de o procedimento para a apuração de infrações disciplinares ser instaurado pela autoridade administrativa, com possibilidade, inclusive, de decretação de isolamento preventivo do faltoso”. Tendo a restrição ou ampliação da liberdade individual do preso adstrita à conclusão de um processo administrativo levado à cabo pelo administrador do estabelecimento prisional, sem que haja menção, na lei, a qualquer garantia ou direito do preso no curso do procedimento.

No entanto, quanto ao posicionamento do autor Schmidt (2007), cabe citar, que a inexistência de garantia ou direitos no curso do procedimento inexistente na LEP em razão de ser competência dos regulamentos locais (art. 59 da LEP)⁷, devendo esses regulamentos preverem as garantias e direitos do preso, sob pena de serem declarados inconstitucionais.

Não se pode olvidar que as concepções administrativistas ou até mesmo híbridas, acabam por incorporar, em seus discursos, elementos inquisitoriais refratários ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal. Sendo que o mesmo não se verifica na concepção jurisdicional da execução penal, já que a própria acepção de jurisdição demanda a existência de um contraditório entre as partes, o desempenho da ampla (e técnica) defesa e a emanção de um provimento imparcial e processualmente correto. (ROIG, 2016, p.107).

Deste modo, refuta-se a ideia da execução possuir natureza administrativa, vez que o sentenciado não pode ser visto como objeto da execução. Ou seja, mesmo sendo submetido à uma execução forçada, não deve ficar entregue aos arbítrios estatais. Nesse sentido, Grinover (2009, p. 282) afirma que adotar a natureza administrativa tornaria o réu

⁶ Um desses defensores é Adhemar Raymundo da Silva em sua obra Estudos de Direito Processual Penal. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 57-68 (SILVA *apud* ROIG, 2016, p. 105)

⁷ Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

mero objeto do procedimento, quando, na verdade ele deve ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não um simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes.

Destarte, é inegável que, com o advento da Lei 7.210/84, a execução penal passou a ser preponderantemente jurisdicional, posição que coaduna com a Constituição de 1988. Ou seja, a atividade do juiz na execução penal exige, na sua plenitude, uma atuação jurisdicional, em consequência ao estado democrático de direito. Esse entendimento se depreende da própria Lei de Execução Penal quando dispõe na exposição de motivos que “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal” e no art. 65 (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 213, 1983) que diz “a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença” (BRASIL, 1984).

Assim, ao se afirmar que a execução penal é de natureza jurisdicional, não está apenas dando ao juiz de direito a presidência da execução, pelo contrário, está se admitindo a existência de um processo judicial cercado das garantias constitucionais, marcado pela existência de deveres, ônus, obrigações e, o principal, que implica em aceitar que o condenado também é titular de direitos. Ademais, a Jurisdicionalidade pressupõe a presença indispensável do Ministério Público e do defensor nos procedimentos que decorram da execução como forma de atender às garantias mínimas e essências como ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, como bem cita Fernandes (1994, p. 84), mais importante do que a própria afirmação da Jurisdicionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela jurisdionalizada, que é a garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário. E mesmo nos momentos em que ocorrem atividades de cunho administrativo, faz-se necessária a aplicação dos princípios constitucionais típicos da atuação jurisdicional, vez que este órgão fará o controle de legalidade dos procedimentos realizados pelo administrativo.

Deste modo, pode-se sintetizar que, defendendo a natureza exclusivamente administrativa, se teria uma clara violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Ademais, a natureza jurisdicional garante a aplicação do princípio publicístico na regulamentação do cumprimento

da pena, assegurando que a execução da pena não fique apenas intramuros, na dependência exclusiva de uma Administração Pública que, muitas vezes, em razão dos “compromissos políticos imediatistas e não raramente eleitorais”, jamais teria como estar adstrita a um programa legalista e garantista, mas na transparência e na regularidade que somente o processo judicial pode assegurar e cumprir. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 213, 1983)

2.2 Princípio da Legalidade

É sabido que o princípio da legalidade ocupa posição de destaque no ordenamento brasileiro, encontrando previsão expressa no art. 5^a, XXXIX da CF, no art. 45 da Lei n.º 7.210/84, quando dispõe que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

O citado princípio também faz parte do sistema normativo do país, através de dois importantíssimos tratados internacionais dirigidos à proteção dos direitos humanos, os quais foram subscritos pelo Brasil e ratificados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de 1966, promulgado pelo presidente da República, por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, promulgada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Assim, em matéria de execução penal, da mesma forma que os ilícitos previstos no Código Penal necessitam de previsão, as faltas cometidas necessitam de observância da tipicidade, não cabendo a aplicação de severas restrições que as punições administrativas podem gerar sem que ao menos exista previsão em lei, ou mesmo aplicação com excessos nas faltas que já são previstas.

O princípio da legalidade norteia todos os momentos da execução, delimitando a atuação do juiz, do promotor, da defesa e do próprio administrador penitenciário. Tal princípio assegura ao condenado a manutenção de sua dignidade pessoal, que não foi perdida com a liberdade através da sentença condenatória. Deste modo, “para a administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal, sendo permitido se fazer só o que a lei autoriza e que a lei, para o administrador público, significa “deve fazer assim””. (MEIRELLES, 1991, p. 78).

Para Roig (2016, p. 39), a aplicação do princípio da legalidade pressupõe não apenas que as faltas e sanções estejam legalmente previstas, mas que estejam corretamente interpretadas, para que sua aplicação não se torne sem sentido. A título de exemplo de

situações na execução penal, em que se questiona se há ou não a violação deste princípio, tem-se dois bastante discutidos em sede judicial pela defesa dos apenados.

O primeiro exemplo é quanto à prática de falta grave prevista no art. 50, inciso VII⁸ da LEP que menciona tão somente a palavra "aparelho de celular" e não seus componentes. Assim, a posse de chips, baterias e carregadores de telefone celular, por não possuírem a capacidade de comunicação por si só, ou seja, por não terem a potencialidade lesiva exigida no texto legal, deveriam ser consideradas condutas atípicas. Ademais, ressalte-se ainda, que, no caso, não haveria que se cogitar a possibilidade de tal objeto ser enquadrado na expressão 'aparelho similar' contido na supracitada norma legal, uma vez que se trata apenas de componentes utilizados para uso do serviço telefônico e, por se tratar de norma prejudicial, não admite interpretação extensiva, sob pena de grave ofensa ao princípio da legalidade.

Modelo de decisão favorável ao que foi dito é de um agravo de execução julgado no Rio Grande do Sul⁹, em que a apenada foi encontrada com um celular sem chip. Em tese, conforme decisão do julgador, tal aparelho não possibilitava comunicação com o meio externo. Em uma maior fundamentação quanto à aplicação do princípio da legalidade o douto julgador fundamentou que a redação do dispositivo do art. 50, VII faz referência à posse de aparelho celular que permita a comunicação tanto com o ambiente externo como entre apenados e que o telefone encontrado não apresentava condições necessárias para o seu funcionamento, não tendo como caracterizar a prática da referida falta grave que a ela foi imputada.

Em sentido contrário, às decisões¹⁰ prolatadas em sua grande maioria, alegam que não se trata de uma suposta violação ao princípio da legalidade, mas uma devida interpretação da expressão "posse de aparelho". Devendo-se fazer uma interpretação extensiva da expressão "aparelho celular", uma vez que a intenção do legislador seria de abranger não só o aparelho celular, mas a posse de cada uma das peças necessárias à comunicação. Assim, pratica falta grave quem é flagrado portando unicamente o chip ou a carcaça do telefone sem

⁸ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: 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.

⁹ TJ-RS - AGV: 70058140328 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 27/02/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/04/2014

¹⁰ TJ-RJ - EP: 00551175420128190000 RJ 0055117-54.2012.8.19.0000, Relator: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ, Data de Julgamento: 17/10/2012, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/12/2012 15:11.

chip nem bateria, ou ainda com o telefone em funcionamento, com todas as suas partículas, pois o que se proíbe é a entrada no estabelecimento prisional de todos esses aparelhos¹¹.

O segundo exemplo é quanto ao disposto no artigo 50, inciso II da LEP, que diz que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que fugir. No entanto, a jurisprudência¹² entende por fugir, não só o ato do preso que sai do presídio, utilizando de forma violenta ou sorrateira, como também quem não retorna de uma saída temporária. O que, pelo princípio legalidade, não se amoldaria no mesmo tipo disciplinar.

Frisa-se que não se pretende impedir que o apenado venha a ser punido por outra falta, no entanto, vê-se que é necessário que exista lei prevendo a conduta de não retornar da saída temporária como uma falta disciplinar, vez que são condutas visivelmente distintas.

Tem-se que observar que o princípio da legalidade aplicado na execução penal veda o uso de analogia para criar faltas e aplicar sanções disciplinares, o que claramente se mostra ocorrendo nos exemplos citados. Ademais, não existindo previsão estrita quanto aquela conduta, a analogia não pode ser utilizada para agravar a condição dos apenados.

Deste modo, como os preceitos primários de faltas disciplinares precisam ser taxativamente previstos em lei, as sanções correspondentes também o devem. Sendo assim, vedada à autoridade administrativa detentora do poder disciplinar aplicar sanções não previstas em lei, ou mesmo com excesso as que são legalmente previstas. Vez que o corolário da legalidade é previsto em todo o regramento da execução, como diz o tópico 19 de sua Exposição de Motivos (1983, p. [?]): “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

2.3 Razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo na execução penal é tido como direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII da CF, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Assim, durante a execução da pena, em que há uma restrição de um direito essencial ao indivíduo, o direito de liberdade, há a necessidade de melhor

¹¹ Essa mesma linha de raciocínio, é aplicada pelo juízo objeto da pesquisa (primeira VEP), em que mesmo possuindo no regulamento estadual (Decreto 31.356/2015) que a posse de peças ou acessórios relacionados à telefonia móvel configura falta média (art. 28, XXIII) o juízo tende por entender que a posse desses acessórios configura falta grave.

¹² TJ-RS - AGV: 70053454666 RS

gerenciamento do processo de modo que o apenado não seja prejudicado em seus direitos, principalmente o de ficar ergastulado por período superior ao que a legislação exige.

Segundo Carvalho (2008, p. 194), esta é a razão pela qual, no âmbito do processo executivo de pena, os poderes instrutórios do juiz e da própria autoridade administrativa sobrelevam-se, de modo a poder o magistrado ou as outras autoridades determinarem o quanto necessário para o resguardo dos direitos do executado, gozando de plena iniciativa para provocar os procedimentos admissíveis em sede executiva. Nesse sentido, o item 174 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal diz:

A legitimidade para provocar o procedimento se estende para além da iniciativa judicial, cabendo, também, ao Ministério Público, ao interessado, ao Conselho Penitenciário e às autoridades administrativas invocar a prestação jurisdicional em face da natureza complexa da execução (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 213, 1983).

Assim, tanto as autoridades judiciais quanto as autoridades administrativas devem zelar pelo cumprimento correto da pena, devendo agir como verdadeiros guardiões. Possuindo como dever, acompanhar a pena e percebendo que caso se aproxime o lapso temporal suficiente para o deferimento de quaisquer dos benefícios previstos na LEP, viabilizar o quanto for possível para a concessão de tal decisão.

Nesses termos, no que se toca à apuração das faltas disciplinares cometidas no sistema prisional e a sua apuração, o regulamento estadual¹³, em seu artigo 84, estipula o prazo de apuração de 30 dias, podendo ser prorrogável por igual período.

Cabe ainda mencionar que a razoável duração do processo não está relacionada apenas à fase de instauração e apuração. Pelo contrário, deve-se ter uma razoável duração relacionada ao prazo para aplicação da sanção disciplinar estipulada, principalmente após as divergências quanto ao prazo para aplicação das sanções disciplinares. A esse prazo, há quem defenda que, por não haver previsão na LEP, esse prazo seja imprescritível.

Já outra posição defende que, por a LEP ter se silenciado quanto ao assunto, deve ser aplicado por analogia o prazo mínimo previsto para prescrição do art. 109 do Código Penal, que é de 03 anos.

No entanto, tal prazo estabelecido em Código Penal foi considerado extenso se considerada a dinâmica da execução penal, vez que vários dos direitos e benefícios concedidos levam em conta a existência ou não de procedimentos de apuração e o comportamento do apenado no registro prisional.

¹³ Decreto 31. 356/2015 (MARANHÃO, 2015)

Com isso, ganhou força o entendimento de que o prazo prescricional, no caso de faltas disciplinares, deveria ser o de 12 (doze) meses, utilizando-se o fato de que os Decretos Presidenciais de Indulto e Comutação de penas são anualmente publicados pela Presidência da República e preveem para sua concessão que o apenado não tenha cometido falta grave nos últimos 12 (doze) meses e, caso seja considerado um prazo maior que doze meses para apuração, o apenado poderia ser “punido” até três anos por uma morosidade a qual não deu causa.

Nesses termos, nota-se a necessidade da “existência de um processamento que seja célere, porém garantista, que louve os direitos e garantias individuais, sem abrir mão da eficácia das decisões” (NUCCI, 2010, p.333), para que se evitem excessos na execução.

2.4 Duplo grau de jurisdição

Os princípios constitucionais dividem-se em explícitos e implícitos. De forma breve, pode-se dizer que os explícitos são aqueles previstos de forma expressa no texto legal, ou seja, pode-se precisar no texto constitucional onde se encontra. A título de exemplo, tem-se os princípios que foram estudados até o momento. Já os princípios implícitos, que são aqueles que não existem uma previsão expressa, ou seja, princípios que não estão estabelecidos tacitamente, mas derivam de uma tradição e de concepções difundidas de como deve ser o direito (AMORIM, 2005).

Assim, pode-se dizer que o duplo grau de jurisdição é princípio constitucional implícito e sua previsão decorre além de uma natural e reconhecida falibilidade do julgador, pelo fato de a execução penal se desenvolver perante o juiz de primeiro grau ao qual cabe a administração do estabelecimento penal, cujos incidentes são por ele resolvidos por decisão fundamentada sujeita à agravo em execução, cabendo o seu julgamento ao órgão *ad quem*. (TAVORA E ALENCAR, 2014, p. 1405).

No mesmo sentido, Grinover (1998, p.66) afirma que a garantia ao duplo grau decorre do princípio da igualdade, de maneira que todos os litigantes devam, em paridade de condições, usufruir pelo menos de um recurso para revisão das decisões, inadmitindo-se a previsão de recursos para uns e não para outros. O fundamento político maior em favor da preservação do duplo grau, qual seja é a necessidade de controle dos atos estatais.

Nestes termos, em se tratando de princípio constitucional que se irradia a todos os ramos do direito, não se pode negar sua aplicação também ao procedimento administrativo que se destina a apurar e classificar faltas disciplinares.

Ainda mais porque, no regimento penitenciário federal (Decreto nº 6049/2007)¹⁴, há previsão expressa de recurso no procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar e, assim, não há porque se negar o mesmo direito às pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais estaduais, sob pena de se infringir o princípio da igualdade.

Neste passo, em análise ao regimento penitenciário do estado do Maranhão (Decreto nº 31356/ 2015), observou-se que a única previsão que dispõe é a possibilidade de pedido de reconsideração, dirigido à autoridade que aplicou a sanção disciplinar, caso apareça novos fatos não analisados na decisão.

Entretanto, na prática local, cabe observar que nos casos em que tais procedimentos não seguem o disposto em lei e ocorre a infringência de algum direito do apenado, a defesa se vale do agravo em execução para recorrer até mesmo das nulidades que ocorrem nos procedimentos de apuração de faltas disciplinares, por inexistir essa previsão no regimento estadual, o que demonstra verdadeira infringência ao contraditório e ampla defesa e ao direito de igualdade frente aos apenados de presídios federais.

Ademais, se é garantido, no procedimento administrativo disciplinar de cunho civil, o duplo grau (Lei 9.784/99), maior razão há para se assegurar o direito ao recurso às pessoas que estão respondendo a procedimento administrativo disciplinar na execução penal, já que este deve prever maiores garantias aos administrados.

2.5 Princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

O processo de execução da pena, desenvolvendo-se como devido processo legal perante o juiz competente e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, tornou-se, legalmente necessário para a imposição da pena, verificando-se na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, quando diz “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, observa Cintra Júnior (1995, p. 119) que, como há uma tensão entre o cidadão e o estado, este que objetiva aplicar o poder punitivo e aquele que tem a pretensão de preservar o exercício do seu direito de liberdade, tem-se a necessidade de se colocar como permeio um órgão que se imponha, a um e a outro, com autoridade. Este órgão é o judiciário, através do devido processo legal.

¹⁴ Art. 60. Ao preso é garantido o direito de defesa, com os recursos a ele inerentes e Art. 73. No prazo de cinco dias, caberá recurso da decisão de aplicação de sanção disciplinar consistente em isolamento celular, suspensão ou restrição de direitos, ou de repreensão.

De início, torna-se necessária a análise da expressão “devido processo legal”. Tem-se que o termo “devido”, aqui empregado, ganha o sentido de algo que deva estar tipificado, isto é, que esteja previsto como algo justo. Em relação ao “processo”, compreende-se os trâmites, as formalidades, as garantias, os ritos, os procedimentos. Já o termo “legal” compreende a significação de previsão, tanto legal como constitucional. A reunião desses termos é, em apertada síntese, o significado da expressão devido processo legal que, também, poderia dizer, tratar-se de “garantias previstas juridicamente” (TAVARES, 2013).

Com efeito, observa-se que este se revela como um princípio, segundo o qual os demais princípios como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, encontram sua razão de existir. Nesse sentido, nota-se que o princípio do devido processo legal constitui-se em verdadeiro instrumento de que deve valer-se o Estado para justificar sua atuação.

Nestes termos, como decorre do próprio texto constitucional, não resta dúvida da aplicação dos referidos princípios no âmbito administrativo e judicial. Ainda mais, caso exista a possibilidade de piora na restrição do direito à liberdade do apenado ou preso provisório, sendo medida que se impõe, sob pena de nulidade¹⁵, a instauração do processo administrativo disciplinar prisional, como forma de garantia do devido processo legal e a realização da audiência de justificação, como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa, para aplicação da sanção em virtude de cometimento de falta grave.

Destarte, como deve existir entre o sentenciado e a acusação a *par conditio*, ou seja, as partes devem ter as mesmas possibilidades de alegação, prova e impugnação, o princípio do contraditório exige, em prol do apenado, o direito de participação e influência em audiência, podendo o mesmo participar de modo eficaz nos incidentes, como a apuração de falta grave, que podem interferir e modificar o cumprimento de sua pena.

Quanto à ampla defesa necessária no âmbito da execução, cabe frisar a aplicação desse princípio frente à apuração da falta disciplinar prisional, assim como já é conhecido – de forma similar ao processo penal – , esse apenado ou preso provisório possui o direito de, ele próprio, fazer sua defesa e acompanhar toda a audiência de apuração da falta, como também possui o direito de ser defendido de forma técnica por um advogado.

No entanto, mesmo que tal afirmação pareça lógica, diversas controvérsias surgiram após a edição da súmula vinculante número 5, pelo STF, que dispõe que “A falta de

¹⁵ Recurso extraordinário. 2. Execução criminal. Progressão de regime. **3. Processo administrativo disciplinar para apurar falta grave e determinar a regressão do regime de cumprimento da pena.** Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Recurso conhecido e provido. (RE 398269, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-07 PP-01527) (grifo nosso). STF.

defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Passando-se assim, a interpretar o verbete de forma que relativizava o princípio da ampla defesa.

Nestes termos, em razão dos diversos entendimentos apresentados, o STF, através da Rcl 9164¹⁶, esclareceu que a súmula foi escrita para ter aplicabilidade na esfera cível não em áreas que pudessem afetar o direito de liberdade do indivíduo. Consoante a tal explanação, Nestor Távora (2014, p. 1403) afirma que, em sede de execução Penal, deve-se exigir defesa técnica sempre que possível à adoção de medida que agrave a situação do apenado, mesmo em se tratando de procedimento para apuração de falta disciplinar.

Posteriormente, o STJ, em sentido semelhante, sedimentou orientação¹⁷ quanto à imprescindibilidade de advogado ou Defensor Público no procedimento administrativo disciplinar prisional, tendo em vista o caráter vulnerável do apenado. Assim sendo, ocorrendo o cometimento de falta grave e não existindo o preenchimento de ambos os princípios, a que se encontra, como requisitos, a instauração do PAD prisional e a presença de ampla defesa, que se entende por autodefesa e defesa técnica, tal procedimento estará maculado e passível de anulação.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 9164. Decisão Monocrática. 19 de setembro de 2014. Diário de Justiça de 14 de outubro de 2014.

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 135082. 6ª Turma. Diário Eletrônico de 14 de março de 2011.

3 APURAÇÃO DAS FALTAS GRAVES NA EXECUÇÃO PENAL

Como bem afirma Teixeira (2008, p. 140), não há dúvidas da existência de garantias legais asseguradas ao preso. Ademais, para se alcançar a pretensão de ressocialização do recluso, a condição essencial é garantir a ele o cumprimento de sua pena de forma digna. Assim, sem essa garantia, a ressocialização através da pena torna-se falácia.

No momento que o estado garante ao apenado as garantias legais previstas, pode exigir, em contrapartida, obediência à sua disciplina penitenciária. Ao passo que, sendo descumpridas as imposições administrativas legalmente constituídas, deverá ser instaurado o procedimento disciplinar que permite a aplicação de sanções disciplinares.

3.1 Deveres na Execução Penal

Como forma de concretizar na prática os princípios da execução, pressupõem-se direitos e deveres que envolvem tanto o estado quanto o apenado, deste modo, além das obrigações inerentes ao estado, o apenado deve submeter-se a um conjunto de normas na execução da pena. Ou seja, para que se tenha um bom convívio entre os reeducandos, e primando pela eficácia da ressocialização, existem normas, traduzidas em um verdadeiro “código de postura”, que devem ser seguidas no meio carcerário.

Nesse sentido, o preso condenado ou provisório estará submetido a um conjunto de deveres específicos de seu regime, em que se espera do reeducando obediência às determinações das autoridades e dos funcionários.

Assim, compete ao condenado e ao preso provisório, submeterem-se às disposições dos decretos estaduais, bem como a LEP que traz em seu artigo 39 como deveres: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Deste modo, facilmente se observa que, caso não haja uma observância às garantias constitucionais, estes deveres impostos se mostrarão objeções que soam verdadeiras

ilegalidades ao apenado. Sobre essas objeções pode-se discorrer brevemente, de forma crítica, aos incisos I, II e IV, que se mostram constantemente suscetíveis de gerar ilegalidades aos apenados.

No que cabe ao inciso I, que prevê “comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença”, as críticas recaem no sentido que apenas é exigido ao indivíduo essa disciplina, enquanto o estado faz-se ausente no cumprimento de suas obrigações. No mesmo sentido, cabe mencionar o disposto no art. 44, que prevê ainda como disciplina a colaboração com a ordem e obediência às determinações das autoridades e dos seus agentes no desempenho do trabalho. No entanto, frente aos deveres impostos ao apenado e à atual realidade do sistema carcerário, mostram-se contraditórias e paradoxais tais exigências, tendo-se na verdade “uma via mão de única”, em que apenas as imposições estatais devem ser cumpridas enquanto se impõe às pessoas presas tratamentos, muitas vezes, desumanos e degradantes.

Em concordância a tal posicionamento, Schmidt (2007, p. 239) acrescenta:

A primeira obrigação atribuída ao condenado diz respeito ao comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença. Quanto ao primeiro aspecto, só se poderá falar em “indisciplina” carcerária nos casos em que o preso insurja-se contra decisões e comandos que, além de emitidos pela autoridade competente, estejam adequados às garantias fundamentais da CRFB/88. **Um comportamento indisciplinado do preso pressupõe, sempre, um comportamento disciplinado do Estado- por seus representantes. Só existe disciplina carcerária nos casos em que houve disciplina estatal** (grifo nosso).

Assim, como bem cita Schmidt, mostra-se incongruente exigir do apenado que siga os deveres que lhe são impostos quando não há por parte da administração penitenciária o atendimento de seus direitos.

Quanto o dever disposto no inciso II que prevê “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”, Roig (2016, p. 183) afirma que trata-se de uma determinação vaga e de fácil manipulação, vez que, por deixar aberto o que se entende por “desobediência”, qualquer atitude indesejada pode oferecer pretexto para aplicação de arbitrariedades por agentes e diretores penitenciários¹⁸. Schmidt (2007, p. 241) ainda assevera que esse ato indisciplinar também pode decorrer da desobediência de um preso de cumprir dever notoriamente humilhante, o que não pode considerar como ato indisciplinado, vez que o

¹⁸ Neste ponto é claro visualizar a importância do controle de legalidade pelo juiz da execução quanto aos atos administrativos realizados.

dever de obediência ao servidor, só se deve verificar nos casos em que, formal e substancialmente, a ordem é expedida segundo os ditames constitucionais.

No que toca ao inciso IV que prevê aos apenados uma “conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina”, considera-se como um dever que causa aversão sob os vários enfoques em que for interpretado. Para Roig (2016, p. 184), este é um dever metafórico, vez que exige do apenado a adoção de uma conduta antissolidária, traidora e até mesmo delatora quanto aos demais presos, ou seja, o apenado deve-se opor a uma conduta que nem mesmo deu causa e nem tem qualquer dever legal de agir. Sendo considerada uma conduta em que “o Estado obriga as pessoas não só a serem “boas”, como a mostrarem que são “boas” (SCHMIDT, 2007, p. 242)”.

No mesmo sentido, discorre Teixeira (2008, p. 138), que em alguns casos, pode acontecer que o preso tenha até a intenção de se ressocializar, entretanto, em face das precárias condições internas, vê-se impedido de alcançar seu objetivo. Tendo que, muitas vezes, para sobreviver ao cárcere, se vincular a grupos ou organizações criminosas, o que inviabiliza ou impede a sua ressocialização. Assim, não teria outra alternativa, que não a de colaborar ao que foi decidido pelos demais detentos por ter receio de represálias.

Em semelhante percepção, Cabral (2006, p. 133) afirma:

São frequentes as histórias de internos, que inicialmente estão inclinados a apenas expiar suas penas durante o seu período de permanência no sistema, mas, que, por força das circunstâncias internas ao cárcere, acabam por ter penas agravadas em decorrência de sua participação em distúrbios internos. Coagidos pela massa carcerária, não lhes resta outra alternativa a não ser fazer parte de rebeliões, de tentativas de fugas ou, até mesmo, assumir crimes cometidos no interior da prisão, por outrem, sob pena de evitar sanções contra si ou contra seus familiares no exterior da prisão.

É possível perceber que, neste dever, a uma renúncia implícita ao princípio da culpabilidade, vez que o cometimento de uma fuga ou rebelião, por exemplo, tem como consequência, muitas vezes, a responsabilização disciplinar da massa carcerária em sentido geral, sem a instauração de qualquer investigação para apurar o envolvimento individual dos presos, com a justificativa, conforme dito acima, de não ter tido do apenado uma atitude de se opor ao fato ocorrido.

3.2 Direitos na Execução Penal

No que concerne aos direitos do apenado, é sabido que prevalece a ideia de que o preso, mesmo após a sua condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pela sentença em que se impôs uma pena privativa de liberdade.

Portanto, o preso, apesar de encarcerado, não perde a sua condição de pessoa humana e a titularidade de todos os demais direitos que não seja sua liberdade de ir e vir e os decorrentes dessa. Ressalvando-se que os direitos do preso são invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Nesse mesmo sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas¹⁹ para o Tratamento de presos impõe que “o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos” (regra 05).

Assim, como a execução da pena deve estar em conformidade com os fins a ela concedidos, tendo, tanto quanto possível, proximidade às relações da vida normal, é de fundamental importância a garantia jurídica dos direitos do preso nos métodos e meios da execução penal, cabendo à LEP, em última instância, especificar todos esses direitos que o assistem. Há de lembrar que, conforme disposto no item 74 da exposição de motivos, as regras da LEP não são meramente programáticas, mas de direitos efetivos dos presos, positivados por preceitos e sanções, indicados com clareza e precisão, a fim de se evitarem a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou de omissões (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 213, 1983).

O artigo 41 da LEP enumera um vasto rol de direitos dos apenados, com a seguinte ordem: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às

¹⁹ Conforme o Conselho Nacional de Justiça- CNJ, essas regras mínimas buscam estabelecer bons princípios e sugerir boas práticas no tratamento de presos e para a gestão prisional, assegurando a dignidade e respeito não só às pessoas privadas de liberdade, como também a seus familiares.

exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Cabe enfatizar que, mesmo tratando-se de um rol extenso, o mesmo é apenas exemplificativo. E quanto à interpretação dada a esses direitos, deve ser a mais ampla e benéfica possível. Vez que como afirma Marcão (2010, p. 67), deve-se buscar, primeiro, o rol de restrições e o que nele não se inserir será permitido, e, portanto, direito do apenado. Ou seja, aquilo que não constituir restrição legal, permanece como direito.

Assim, segundo as palavras do autor, para que a pena seja cumprida com dignidade, em teoria, diferentemente da prática, é cumprindo o que a lei de Execução Penal determina. Além disso, como disposto no artigo 10 da referida lei, é dever do estado à assistência ao preso, como forma de objetivar orientar o retorno à convivência em sociedade, sendo essa assistência material, referente, como visto, a áreas como a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, em obediência aos princípios e regras constitucionais e internacionais sobre os direitos da pessoa presa.

3.3 Disciplina na Execução Penal

No tocante à disciplina, esta consiste na colaboração do apenado, estando ele cumprindo pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade, com a ordem de praticar observância ao rol de deveres do preso na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho (art. 44 LEP). Ademais, a disciplina e a ordem devem ser mantidas, mas sem maiores restrições do que as necessárias para garantir a custódia segura, a segurança da unidade prisional e uma vida comunitária bem organizada.

Ao ser submetido ao cárcere, o apenado ou denunciado deverá ser cientificado das normas disciplinares (art. 46 da LEP). Vez que o não cumprimento dessa regra por parte da administração penitenciária, pode ensejar por parte do apenado a alegação de desconhecimento da norma (configurando erro de proibição), visto que, ao contrário das leis, tais normas disciplinares não têm presunção de conhecimento. Sendo assim, legítima a absolvição disciplinar por desconhecimento daquela obrigação disciplinar.

No mesmo contexto, as regras mínimas para o tratamento de preso também dispõe em sua regra 54 que todo preso, na sua entrada, deve receber informação escrita sobre: A legislação e os regulamentos concernentes à unidade prisional e ao sistema prisional; Seus direitos, inclusive métodos autorizados de busca de informação, acesso à assistência jurídica, inclusive gratuita, e procedimentos para fazer solicitações e reclamações; Suas obrigações, inclusive as sanções disciplinares aplicáveis; e todos os assuntos necessários para possibilitar ao preso adaptar-se à vida de reclusão.

Estipulando-se, caso ocorra o descumprimento, sanções disciplinares proporcionais à falta que tenha sido cometida. No entanto, cabe frisar a dificuldade que se tem de pôr em prática esta previsão legal da forma que é disposta em lei, vez que a administração carcerária dificilmente realiza qualquer ciência aos apenados sobre as normas disciplinares a ser observadas, tendo o apenado que aprender o que deve fazer ou deixar de fazer, paulatinamente, através do convívio com os demais presos.

3.4 Faltas disciplinares da execução penal: leves, médias e graves

Em consonância ao princípio da legalidade, não terá falta e nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. Não poderia ser diferente, afinal, trata-se de punição imposta pelo Estado ao apenado, em razão do descumprimento do disposto em lei.

As faltas disciplinares, segundo dispõe o artigo 49 da LEP, podem ser de natureza leve, média e grave, recaindo ao legislador estadual a regulamentação das duas primeiras.

No estado do Maranhão, como já citado anteriormente, editou-se o Decreto nº 31.356/2015 que dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional- REDIPRI. Este decreto normatiza uma série de temas penitenciários, sendo possível vislumbrar as faltas leves e médias tipificadas e de competência estadual e o procedimento administrativo disciplinar para apuração das faltas disciplinares. Porém, por interessar ao trabalho, apenas as faltas graves, porquanto possuem implicações mais nocivas ao apenado, as demais serão abordadas de forma breve.

Em seu art. 27, o decreto local dispõe o que é considerado falta disciplinar de natureza leve, entre outras, as condutas de transitar indevidamente pela unidade prisional, comunicar-se com visitantes sem a devida autorização; ter a posse de papéis, documentos, objetos ou valores não cedidos e não autorizados pela Unidade Prisional; estar indevidamente trajado e usar material de serviço para finalidade diversa da qual foi prevista. As sanções a

tais condutas leves estão dispostas no artigo 71 do Decreto que é a advertência verbal e repreensão.

Já as faltas médias estão inseridas no art. 28, tendo neste rol condutas como portar material cuja posse seja proibida; simular doença para eximir-se de dever legal ou regulamentar; induzir ou instigar alguém a praticar qualquer falta disciplinar; divulgar notícia que possa perturbar a ordem ou a disciplina; praticar autolesão ou greve de fome isolada como atos de rebeldia; portar ou ter, em qualquer lugar da Unidade Prisional, dinheiro, cheque, nota promissória ou qualquer título de crédito; receber, confeccionar, portar, ter ou concorrer para que haja, em qualquer local da Unidade Prisional, objetos que possam ser utilizados em fugas e receber, confeccionar, portar, ter ou consumir bebida alcoólica ou concorrer para sua fabricação. Quanto às sanções impostas a tais condutas estão dispostas no artigo 72 do Decreto que é a suspensão ou restrição de direitos e o isolamento na própria cela ou local adequado por um período mínimo de 10 (dez) dias até 20 (vinte) dias, podendo ser cumulado com a suspensão ou restrição de direitos por igual período.

Com relação às faltas de natureza grave, estas por serem competência federal, estão dispostas na Lei de Execução Penal e refletidas no artigo 29 do referido decreto estadual. A LEP dispõe, no artigo 50, sobre as faltas graves que podem ser cometidas por apenados que cumprem pena privativa de liberdade, no art. 51 é referente às faltas graves dos apenados que cumprem pena restritiva de direitos e no art. 52 prevê condutas aos dois casos indistintamente.

Como a presente pesquisa, limitar-se-á em analisar a homologação de faltas graves pela primeira Vara de execuções penais do termo judiciário de São Luís, serão analisadas apenas as faltas graves que estão inseridas no art. 50 e 52 da LEP, eis que tal vara de execuções é competente para o acompanhamento dos apenados que cumprem pena privativa de liberdade. Veja-se tais artigos:

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. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007); Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório (grifo nosso).

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar

diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003) (grifo nosso).

É imperioso destacar que o rol de faltas é taxativo, sendo vedada qualquer analogia “*in malam partem*”. Ademais, além das repercussões que são causadas, a falta grave, para tal efeito, é equiparada à prática de fato definido como crime, além de justificar a regressão do apenado para regime mais rigoroso (MARCÃO, 2010. p. 69). Deste modo, sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução para decidir sobre sua ocorrência.

3.5 O procedimento administrativo para apuração da falta disciplinar conforme o Decreto Estadual N° 31.356/2015

Quando ocorre o cometimento de uma falta, independente da sua natureza, deve ser feita a instauração do procedimento disciplinar, pela autoridade administrativa competente, no âmbito na unidade prisional, para apuração, seguindo as disposições do regulamento regente, garantindo ao apenado o exercício do direito de defesa (art. 59 LEP). Tal procedimento, conforme disposto no decreto estadual nº 31.356/15, “é o conjunto de atos coordenados para apurar determinado fato definido como infração disciplinar e sua autoria”.

A observância das garantias constitucionais inerentes ao direito de defesa, também está prevista no decreto estadual, quando dispõe no art. 22, que “ao preso é garantido o direito da ampla defesa e do contraditório”. Ademais, como também se vê no próprio decreto e na LEP, não compete ao juiz da execução apurar e exercer o poder administrativo disciplinar, ou seja, de verificar se a conduta praticada corresponde a qual tipo de falta, sendo sua atuação, em momento distinto na execução.

Portanto, como afirma o Ministro Marco Aurélio Bellizze, constata-se que a LEP não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor. E somente sendo reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional, em razão das consequências que essas sanções trazem ao cumprimento da pena do apenado.

Neste sentido, dispõe o já citado Decreto estadual em seus arts. 39 a 90, as etapas do procedimento administrativo disciplinar.

De início, a sucessão dos atos disciplinados é a de que o servidor que tenha presenciado ou tomado conhecimento de falta disciplinar de qualquer natureza, praticada por preso, redija um comunicado contendo o local, data e hora da ocorrência; bem como a identificação do(s) envolvido(s), a descrição minuciosa das circunstâncias do fato e rol de testemunhas, quando houver, e encaminhe ao Diretor da Unidade Prisional.

Em seguida, o Diretor Geral terá o prazo de cinco dias para analisar e decidir pela instauração do procedimento disciplinar ou pelo arquivamento, ouvido o conselho disciplinar.

Caso entenda pela instauração, o Diretor penitenciário deverá fixar isolamento preventivo, caso necessário, informar a autoridade policial (em caso de ilícito penal), comunicar ao juiz competente, tanto da instauração do procedimento quanto de eventual isolamento preventivo imposto e remeter o processo disciplinar para o Secretário do Conselho Disciplinar dar sequência.

Este PAD deve ser instaurado mediante portaria do Diretor da Unidade Prisional, devendo conter a descrição fática pormenorizada assim como é feito no comunicado inicial, bem como a designação do servidor que atuará como autoridade apuradora incumbida de conduzir o procedimento que deve ser concluído no prazo de trinta dias, contado da data do fato, podendo ser prorrogado por uma única vez.

Em fase de instrução, a autoridade apuradora deve investigar a veracidade dos fatos, providenciando os requisitos necessários para audiência, além de, imprescindivelmente, citar o preso acerca da acusação, cientificando-o sobre o comparecimento à audiência na data e hora designadas, acompanhado de advogado e que, caso não tenha defensor constituído, cientificá-lo sobre a possibilidade de defensor dativo. E caso tenha a impossibilidade de citação do preso, em face de fuga ou abandono, deve a autoridade apuradora solicitar ao Diretor da Unidade Prisional o sobrestamento do procedimento até a recaptura, informando a autoridade judicial competente para eventual decisão cautelar.

Na sessão de julgamento, é imprescindível o preso estar presente. Devendo-o ser informada a classificação da conduta, caracterizando como leve, média ou grave. Após a defesa, que poderá ser oral ou reduzida a termo, ocorrerá a deliberação do Conselho, limitando-se a decidir sobre a condenação ou absolvição, motivadamente.

Assim, encerradas as fases de instrução e defesa, a autoridade apuradora deverá apresentar relatório opinando, fundamentalmente, sobre a aplicação da sanção disciplinar ou a absolvição do preso e encaminhar os autos para a apreciação do Diretor da Unidade Prisional.

Compete ao Diretor Geral, em despacho fundamentado, proferir decisão final, não sendo o parecer do Conselho disciplinar vinculante, ou seja, poderá ratificar o relatório ou discordar, mesmo que tenha sido unânime ou por maioria e despachar sobre as diligências e decisões que se fizeram necessárias, decidindo sobre a condenação ou absolvição.

Caso se decida pela absolvição, o processo será arquivado, devendo ser expedida a respectiva certidão de absolvição. Entre as hipóteses que podem ensejar a absolvição está o reconhecimento de existir ou não prova do cometimento da infração; estar provado que o preso não participou do fato, haver dúvida da sua participação ou o fato não estar previsto como falta disciplinar; prescrição da infração. Também deve o Diretor Geral entender pela absolvição do preso que tenha praticado a falta por legítima defesa própria ou de terceiros; em cumprimento de ordem não manifestamente ilegal; em situação de inexigibilidade de conduta diversa ou coação irresistível e em razão do estado de necessidade.

Decidindo pela condenação, deverá constar certidão de condenação no Prontuário Geral Padronizado Jurídico (PGPJ); registro no sistema de gestão informatizado; encaminhamento do procedimento à autoridade judicial, nos casos de isolamento e falta grave; comunicação à autoridade policial competente quando, ao final do procedimento, restar caracterizada a conduta faltosa como ilícito criminal e requisição de internação em regime disciplinar diferenciado, se for o caso.

Cabe ainda mencionar que cabe pedido de reconsideração dirigido à autoridade que aplicou a sanção disciplinar, com efeito devolutivo, caso surjam novos fatos não analisados e considerados na decisão, quando a decisão for manifestamente contrária às provas ou em desacordo com a disposição legal e quando houver decisão fundada em provas falsas.

Com a finalização do PAD, é possível vislumbrar três situações. A primeira é o reconhecimento de uma falta disciplinar de natureza leve ou média, em que fundamentadamente, o diretor da unidade, aplicará a sanção prevista e proporcional à conduta e encaminhará ao juiz da execução penal para que seja feita averiguação de legalidade. A segunda possibilidade é de que não seja reconhecido o cometimento de falta disciplinar, sendo o procedimento concluído e encaminhado ao juízo da execução para homologação. E, por fim, tem-se como terceira possibilidade, a que é objeto de estudo, o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave, momento em que o diretor da unidade prisional aplicará umas das sanções previstas no art. 53, III ou IV da LEP e encaminhará o procedimento disciplinar ao juízo da execução para o controle de legalidade e para aplicação de uma das sanções

também previstas na LEP, que devem ser aplicadas apenas pelo juiz da execução, em razão das consequências danosas que podem repercutir na liberdade do apenado.

3.6 Consequências jurídicas do reconhecimento de faltas graves

Como é sabido, a obediência do apenado à disciplina que lhe é imposta, desencadeia em seu favor uma série de benefícios. Entretanto, o descumprimento a essa disciplina pressupõe ao juízo uma afronta aos objetivos da execução penal, demonstrando atitude explicitamente incompatível com a necessária disciplina e responsabilidade que devem ser exigidas do reeducando para sua gradual ressocialização.

Assim, no momento que é imposto ao apenado o cometimento de uma falta, o juiz, ao analisar o PAD, tão logo, decide pela suspensão, interrupção ou revogação temporária dos benefícios desse apenado e, posteriormente, com a conclusão do procedimento disciplinar, poderá declarar a revogação definitiva do benefício ou manter essa suspensão, interrupção por um período máximo de 12 meses, contado da data do cometimento da falta, bem como altera a data-base para concessão de novos benefícios.

No que cabe às sanções aplicadas pelo juízo para as faltas graves cometidas, caso o PAD seja homologado, deverá o juiz levar em conta os critérios dispostos no art. 57 da LEP, quais sejam a natureza, o motivo, as circunstâncias, as consequências do fato, a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, bem como as circunstâncias atenuantes (como bom comportamento e confissão) e as agravantes (como reincidência e infração com abuso de confiança), na aplicação das penalidades, presentes nos arts. 30 e 31 do Decreto 31.356/ 2015.

Assim, não deve o juiz, ao aplicar a reprimenda, levar em consideração, de início, a reprimenda mais gravosa prevista em lei. Pelo contrário, deve considerar a situação mais benéfica ao apenado e apenas por decisões fundamentadas, ir aplicando as circunstâncias desfavoráveis.

Ademais, caso o Juiz entenda que no PAD existe algum descumprimento aos preceitos previstos em lei, bem como não ocorreu obedecendo aos princípios do contraditório e ampla defesa, caberá, em sede de controle de legalidade, anular o procedimento, uma vez que, como já dito, as consequências jurídicas decorrentes do reconhecimento da falta, muitas vezes, pode ensejar ao preso na Execução da Pena, uma situação muito pior que o próprio crime que o levou à prisão.

3.6.1 Suspensão da concessão de benefícios

Dentre as sanções aplicadas em juízo pelo cometimento de falta grave, tem-se a suspensão da concessão de benefícios de qualquer natureza.

A aplicação dessa sanção consiste em suspender do apenado, por um período máximo de doze meses, os benefícios inerentes ao regime que se encontra e aos que faria jus no lapso temporal suspenso. Ou seja, o apenado é impedido de gozar dos benefícios da execução.

De acordo com Luís Carlos Valois (2013), benefício é uma palavra usada de forma errada, vez que só seriam “benefícios” se não estivessem previstos em lei, ou seja, se fosse algo dado por livre vontade ao apenado. No entanto, por ser garantidos ao apenado em razão da previsão legal e das condições que precisam ser cumpridas, devem ser considerados direitos do apenado. Deste modo, segundo o autor, a palavra “benefícios” foi criada como forma de não dar garantias ao apenado, “porque direitos podem se exigir e não podem ser retirado, benefício não, é dado, não pode ser exigido e pode ser retirado”.

3.6.2 Revogação das saídas temporárias

A saída temporária, por sua vez, configura como um benefício que autoriza quem cumpre pena em regime semiaberto a sair do estabelecimento penal para visitar a família, frequentar curso profissionalizante e atividades que auxiliem na ressocialização, sem que precise de vigilância direta (art. 122 da LEP).

Conforme entendimento que prevalece no STJ (Súmula 520), a concessão da saída temporária é um ato jurisdicional que não pode ser delegável à autoridade administrativa do estabelecimento prisional. Uma vez que a autorização dessas saídas deve ser feita de forma fundamentada e com observância dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos na LEP em seu artigo 123 (encontrar-se em regime semiaberto e ter boa conduta).

Estabelece o art. 125 da LEP que será automaticamente revogada a saída quando o apenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar um baixo grau de aproveitamento no curso.

Quanto à revogação por cometimento de falta grave, cabe frisar que não é qualquer falta que causa tal sanção, mas aquelas que possuem “um nexo direto com os deveres inerente à própria saída” (ex: não retornar ao estabelecimento prisional). Ademais, como afirma Roig (2016, p. 380), para a revogação desse benefício, não é suficiente apenas a prática da falta grave, mas a definitividade da decisão condenatória disciplinar, devendo o

juízo da execução se valer dos princípios da presunção de inocência, individualização da pena, proporcionalidade e da razoabilidade, evitando assim iniquidades.

3.6.3 Regressão de regime

Em razão da adoção do sistema progressivo, o apenado poderá obter a modalidade do regime prisional, ou seja, a transferência de um regime pior para outro melhor, caso contemple os requisitos do art. 112 da LEP. Para concessão dessa progressão, necessita, em regra geral²⁰, da observância de dois requisitos: objetivo (formal) e subjetivo (material).

Entretanto, o apenado poderá sofrer a regressão, voltando a seu *status quo*, caso descumpra os preceitos ventilados no art. 118 da LEP.

Essa sanção consiste na transferência do apenado a um regime mais rigoroso ao que esteja cumprindo a reprimenda, em razão de ter sido reconhecido, através de PAD e pelo juízo da execução, que o condenado praticou um dos fatos citados no artigo 51 ou 52 da LEP.

Cabe de início mencionar que, a prática de falta grave não é a única possibilidade de regredir de regime, podendo ainda regredir caso sofra uma nova condenação, por crime anterior, cuja pena, somada à que está sendo cumprida, torne incabível o regime atual, precisando ser majorado.

Como afirma Roig (2016, p. 362), a ideia da regressão de regime como forma de punição é ontologicamente contrária a uma concepção democrática e moderna da execução penal, que deve sempre primar em aproximar cada vez mais o apenado do meio livre. Ademais, como compete ao poder administrativo o controle e fiscalização da disciplina dos apenados, nada seria mais razoável que as sanções cometidas ali fossem impostas sanções que apenas interferissem internamente, ou seja, no próprio presídio.

Ainda em defesa à não aplicação da regressão, cabe alegar que a imposição de regressão entra em colisão com a segurança jurídica, respeito ao direito adquirido e com o princípio da legalidade previstos Constitucionalmente. Ou seja, as decisões da execução, favoráveis ao apenado, possuem força de coisa julgada, e regredí-lo para um regime penal mais prejudicial do que o fixado da sentença, torna-se inconstitucional, gerando verdadeira instabilidade nas relações jurídicas da execução penal (ROIG, 2016, p. 363).

²⁰ A pesquisa terá como foca a regra geral, no entanto, cabe mencionar que a exceção pode ser vista aos condenados por crimes contra a administração pública, que necessita, ainda de um terceiro requisito: a reparação do dano ou a devolução do produto do ilícito acrescido de juros e atualização monetária.

No entanto, em sentido contrário, por ser uma sanção que em razão da “insistência político-criminal” é juridicamente defendida e aplicada, é necessário analisar suas consequências. Podendo assim, afirmar que, como disposto em lei e corroborado pelos precedentes do judiciário, o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, pode implicar a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da sua progressão, mas sem interromper o período aquisitivo para a obtenção de outros benefícios carcerários, a exemplo do livramento condicional e da comutação da pena²¹.

3.6.4 Interrupção da contagem do prazo para progressão de regime

Como visto no item (3.4.3), a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva²², ou seja, terá a passagem do condenado de um regime mais rigoroso para um regime mais brando.

Deste modo, para progredir de regime, precisará comprovar a presença concomitante dos requisitos objetivos e subjetivos, quais sejam, cumprir 1/6²³ da pena no regime anterior e ter bom comportamento carcerário, que é comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional em que se encontra cumprindo a pena e por exame criminológico²⁴, que, mesmo não sendo obrigatório²⁵, pode ser determinado de forma fundamentada pelo magistrado.

Assim, se apenado cometer uma falta grave, poderá ter como consequência o disposto na súmula 534 do STJ, que prevê a interrupção da contagem do prazo para a concessão da progressão de regime do cumprimento de pena, que se reinicia a partir do cometimento da infração.

²¹ EREsp 1.176.486/SP, Rel. Ministro Napoleão N. M. Filho, terceira seção, maioria, DJe de 01/06/2012

²² Art. 112 da LEP- A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

²³ Essa fração é referente aos crimes comuns. Para crimes hediondos e equiparados, após a lei 11.464/07, foi disposto que o tempo para progredir de regime é de 2/3 ou 3/5 da pena.

²⁴ Exame criminológico se entende como uma perícia que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico (BITENCOURT, 2007, p. 461)

²⁵ Súmula vinculante nº 26: Para efeito da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico; súmula 439 do STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Dito de outra maneira, ao ser apurado que o apenado cometeu uma falta grave, o requisito objetivo que é necessário para a progressão de regime será zerado, e reiniciado, tendo como data-base o dia em que a falta foi cometida. Conforme entendimento do STJ, caso essa interrupção não ocorresse, o custodiado em regime fechado, ao cometer uma falta grave, não lhe seria aplicada sanção decorrente dessa falta, o que poderia configurar um estímulo aos apenados para o cometimento de infrações no decorrer da execução.

Assim, em síntese, o cometimento da falta grave pelo apenado implica o reinício da contagem do prazo para obter os benefícios relativos à execução da pena, inclusive para a progressão de regime prisional.

3.6.5 Revogação dos dias remidos

Remição, conforme disposto no artigo 126 da LEP, é quando ocorre uma redução de parte do tempo da execução de quem esteja cumprindo pena por sentença condenatória ou até mesmo em hipótese de prisão cautelar (art.126, §7º), através de seu estudo ou trabalho.

Na prática, a remição da pena é vista como um prêmio dado ao preso de forma proporcional ao tempo estudado ou trabalhado, gerando como afirma Roig, mera expectativa de direito. No entanto, precisa ser vista como um autêntico direito do condenado e dever imposto ao estado. Ademais, essa remição deve ser concedida pelo juiz da execução garantida a manifestação do MP e da defesa (art.126,§8) e a ciência ao apenado do *quantum* na redução da pena (art. 129, §2º).

No tocante à perda de dia remidos pelo cometimento de falta disciplinar de natureza grave, como dispõe o artigo 127 da LEP, essa revogação pode ser de até 1/3 do tempo remido, devendo levar em consideração para essa remição a redação do artigo 57 da LEP, que diz que devem ser levados em consideração a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, sendo necessário recomeçar a contagem da data que ocorreu a infração disciplinar.

No entanto, as críticas quanto à aplicação de tal falta disciplinar são inúmeras, tendo-se escolhida duas para serem citadas. A primeira, defendida por Schimidt (2002, p. 105), diz que há uma violação de direito adquirido. Sendo a remição da pena um direito resultante do trabalho do apenado, não podendo assim ser tal direito revogado ou até condicionado à famigerada cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que a relação do apenado com o estado não possui semelhança com um contrato social, sendo o apenado possuidor de direitos e tal sanção se mostra uma ofensa à coisa julgada.

A segunda crítica que é citada por Roig (2016, p. 397), diz que essa perda de remição significa uma maior tempo de pena privativa de liberdade, no entanto, as imposições de pena privativa de liberdade só podem advir da prática de infração penal que assegure, pelas vias judiciais, o devido processo legal.

Assim, em meio a tantas divergências quanto à (in)constitucionalidade da remição da pena, o STF editou a súmula vinculante nº 9, que faz uma leitura do artigo 127 e de forma geral diz que a perda de remição penal não ofende a coisa julgada, não extingue direito adquirido, nem afeta o ato jurídico perfeito, pois o pressuposto essencial e ineliminável da manutenção desse benefício legal, é o satisfatório comportamento prisional.

Assim, por ser entendida pela possibilidade da perda de dias remidos, existe a necessidade de serem levadas em consideração premissas como a de só ser possível a perda dos dias remidos diante do cometimento de alguma falta grave que tenha ligação com o trabalho ou estudo atribuído ao preso.

De qualquer modo, somente a falta devidamente apurada e reconhecida judicialmente justifica a declaração de perda de dias remidos, conforme decorre do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Ademais, como afirma Marcão (2012, p. 106), apurada a falta, poderá ou não o juiz determinar a perda de dias remidos. Esta consequência deixou de ser automática e agora é uma faculdade conferida ao magistrado.

4 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA HOMOLOGAÇÃO DE FALTAS GRAVES

O artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, assegura a todos os acusados, sejam eles em procedimentos administrativos ou em processos judiciais, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Assim, como já dito, estes estão interligados ao processo legal e precisam ser assegurados em todas as fases do cumprimento da pena.

Quanto ao cometimento de faltas graves, não se admite que ocorra a perda ou redução de benefícios sem que sejam observados tais princípios, podendo ensejar, pela sua inobservância, a nulidade dos procedimentos de apuração²⁶.

Neste sentido, foi publicada a Súmula 533 do STJ que diz:

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.

Assim, através desta súmula, foi possível apaziguar constantes divergências e chegar a duas conclusões. De início, se observa que o enunciado é claro em afirmar que para ocorrer o reconhecimento de um proceder faltoso pelo apenado, é necessário que o diretor do estabelecimento prisional instaure o PAD, nos moldes que foi estudado acima (vide item 3.3), para que se apure a natureza da falta cometida (leve, média ou grave). Ademais, se mostraria ilógico a conduta de instaurar o PAD caso se trate apenas de uma falta de natureza grave, vez que não cabe presumir qual a gravidade da conduta, antes de comprovar sua ocorrência.

Quanto à segunda conclusão tirada da súmula, é a de que todo o processo disciplinar deve ser acompanhado por advogado ou por defensor público constituído. Ademais, por ter o apenado o direito ao exercício da ampla defesa, deverá utilizar-se de todos os meios cabíveis para demonstrar sua versão dos fatos, não somente perante o juiz da execução, mas durante a apuração da falta grave na unidade prisional, uma vez que sem essa

²⁶ Neste passo, cabe mencionar decisão emblemática que vem de encontro ao defendido, alegando que não ocorre irregularidade em se mitigar ou abandonar o contraditório e ampla defesa durante a apuração em fase administrativa: “Em que pesem os argumentos empregados pela Defensora Pública no sentido de que o aparelho de telefonia celular deveria ter sido submetido à realização de exame pericial a atestar a sua funcionalidade, embora se respeitem os entendimentos em sentido contrário, não merece prosperar. Deve ser afastada a referida tese, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Conquanto não deva ser ignorada a regra constitucional de que aos litigantes em processo judicial ou administrativo devam ser observadas as regras referentes ao devido processo legal, que compreende o contraditório e a ampla defesa, tem-se, por outro lado, que a observância a tal preceito não induz à premissa de que um procedimento de apuração de infração disciplinar tenha que observar à risca todas as normas inerentes ao Processo Penal” (TJSP; 12a. Câmara Criminal - Habeas Corpus nº 990.08.194202-0; julgado em 01/04/2009).

intervenção da defesa técnica, tornar-se-ia uma oitiva meramente formal, já que o sentenciado é leigo (NUCCI, 2014, p. 276).

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr (2014, p. 225) cita:

A defesa técnica é considerada indisponível, pois, além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente foram ambas as partes, mais alheio ficará o julgador.

Assim, com a ausência de defesa técnica, percebe-se que há um desrespeito à ampla defesa e ao contraditório. Sendo que tal garantia é necessária para dizer que, de fato, se trata de um devido processo legal jurisdicionalizado.

Cabe ainda mencionar a súmula vinculante número 05 do STF que gerou posicionamentos contrários ao ser editada, vez que era usada como forma de justificar a falta de defesa técnica nos procedimentos de apuração. Dispondo em seu texto que: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. No entanto, em meio às constantes posições, o STF²⁷ se manifestou afirmando que a súmula se direciona aos procedimentos disciplinares de cunho cível, vez que aqui envolve a liberdade do apenado, o qual se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, devendo-se exigir defesa técnica sempre que possível à adoção de medida que agrave a situação do apenado. Além do mais, seria incompreensível que ele possa exercer uma ampla defesa sem o conhecimento técnico do ordenamento jurídico.

No entanto, mesmo se mostrando imprescindível a presença de defesa técnica no procedimento administrativo de apuração, é necessário analisar o que ocorre em muitos estados. E se mostra um tanto temerário, que é a possibilidade da defesa do apenado no PAD seja acompanhado por profissional do quadro de funcionários da própria unidade prisional, considerados no estado do Maranhão como “especialistas penitenciários jurídicos- EPJ”, surgindo-se assim, dúvidas se estes possuem uma “uma necessária independência funcional, para exercer firme resistência à pretensão disciplinar” (JÚNIOR; TEIXEIRA, 2016, p. 20) e garantir a ampla defesa dos apenados.

Na prática local, tal fragilidade na defesa, não é reconhecida administrativamente nem mesmo judicialmente, ao passo que a coordenação penitenciária ao ser arguida pelos

²⁷ Rcl 9340 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 26.8.2014, DJe de 5.9.2014; RE 398269, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 15.12.2009, DJe de 26.2.2010.

próprios especialistas jurídicos²⁸ da necessidade de nulidade do PAD por ausência de defesa técnica prevista em lei (advogado ou defensor). Dão como resposta que a ausência da Defensoria ou de advogado no processo disciplinar não é capaz de invalidar um procedimento quando suprido por profissional inscrito na OAB, vez que é requisito obrigatório que o EPJ tenha inscrição na ordem. Sendo, neste passo, garantido ao apenado contraditório e ampla defesa.

Cabe mencionar, que em nenhum momento se questiona o conhecimento ou capacidade jurídica desses profissionais, pelo contrário, o que se põe em cheque é a real independência funcional dos mesmos, não se podendo precisar que a presença apenas do assistente jurídico garante uma plena observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Devendo ser o apenado acompanhado de advogado ou defensor público nomeado sob pena de fragilização na defesa.

No entanto, como na prática do estado, se é entendido pela possibilidade de defesa realizada pelos EPJ, a apuração da falta não termina com a decisão do Conselho. Pelo contrário, ao ser apurado no procedimento disciplinar que se trata de falta grave, deve ser encaminhado o PAD ao juiz da execução, para que analise a legalidade do procedimento administrativo e para que estabeleça a sanção disciplinar de sua competência, que seja proporcional ao ato cometido.

Neste momento, com base na previsão do art. 118, §2º da LEP e conforme é defendido doutrinariamente e jurisprudencialmente, não pode o juiz decidir pela homologação da falta grave sem prévia oitiva do apenado, ou seja, deve ser realizada audiência de justificação, como meio de possibilitar ao apenado aclarar os fatos imputados contra si, de maneira que, tais justificativas possam vir a servir como meios de prova ao livre convencimento do julgador na tomada de uma decisão final e até como forma de apurar com o apenado, se durante o PAD lhe foi garantido os direitos previstos em lei.

É possível perceber que há uma clara divisão no que deve ser realizado para apuração da falta. No entanto, na prática, o que se pode observar, muitas das vezes, é a omissão de uma das fases²⁹. Ademais, a instauração do PAD não pode ser vista apenas como mera formalidade, mas sim como uma garantia do apenado que precisa ser atendido, sob pena de nulidade. Aceitar a homologação de faltas graves pelo juízo, sem a presença de um procedimento administrativo disciplinar concluído, que estabeleça, de fato, qual a falta

²⁸ Os especialistas judiciários, conforme as petições dos procedimentos administrativos analisados alegam que sua competência é apenas de auxiliar a defesa, que deve ser feita por Defensor ou Advogado constituído, sob pena de nulidade dos atos realizados.

²⁹ Essa diferença no presente trabalho será demonstrada no item 4.1.1

cometida pelo apenado é aceitar a possibilidade de violação as garantias do apenado, vez que a atribuição de tal apuração é exclusiva da autoridade administrativa a qual está submetido o apenado.

Neste viés, ao ser reconhecida a falta grave durante o PAD, há jurisprudência do Tribunal do Maranhão clara na necessidade da oitiva do preso em audiência de justificação, veja-se:

Ementa. Habeas Corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Execução Penal. Regressão ao regime fechado. Alegação de ausência de instauração de procedimento administrativo disciplinar para apurar falta grave. Imprescindibilidade. Ordem concedida. 1. Segundo preceitua o art. 118, I, da Lei nº 7.210/94, o cometimento de falta grave sujeita o apenado à transferência para um regime prisional mais gravoso. 2. **No entanto, no âmbito da execução penal, o reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave depende da instauração de prévio procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.** 3. Ordem concedida. (HC no (a) AgExPe 040937/2013, Rel. Desembargador(a) JOSÉ LUIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 16/07/2015, DJe 21/07/2015).

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se em seu voto, veja-se:

(...) Mesmo que se entenda que somente o juiz possa ouvi-lo, não se pode perder de vista que **antes de ser aplicada qualquer sanção disciplinar pela prática de falta grave deve ser instaurado o devido procedimento administrativo pelo diretor do presídio. Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica.** Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução. **Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.** Conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, **da leitura dos dispositivos da LEP, notadamente do seu art. 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.** Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Penais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. (REsp

1.378.557-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2013) (grifo nosso).

Assim, na hipótese do reconhecimento da falta grave, com base, exclusivamente, em procedimento de justificação judicial, deve ser reconhecida a nulidade da decisão que tenha homologado a falta grave sem prévio procedimento administrativo disciplinar e afastar os efeitos dela decorrentes. Vez que, como bem reconhece o Ministro Marco Aurélio na LEP, não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado a instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Outro ponto que precisa ser citado por ser comumente infligido nos procedimentos de apuração, durante a esfera administrativa, é o prazo para apuração da falta disciplinar, que conforme disposto no art. 84 do Regulamento Disciplinar Prisional deve ser finalizado no prazo de 30 dias, podendo ser prorrogável apenas por mais 30. No entanto, o que se vê são processos que se entendem por meses, evidenciando verdadeiras ilegalidades e prejuízos aos apenados, que ficam com seus benefícios, via de regra, suspensos, enquanto se finaliza o procedimento de apuração.

Nota-se que essa ausência de conclusão prévia e obrigatória do procedimento administrativo disciplinar para averiguar a conduta faltosa que lhe foi imputada, caracteriza um vício omissivo insanável por violar os artigos 47 e 59 da LEP, bem como invalida, de modo absoluto, o subsequente processo judicial sumarizado para apuração de falta grave.

4.1 Homologação de faltas graves pela primeira vara de execuções penais de São Luís-MA

A pesquisa que teve início em junho de 2016 partiu de uma metodologia indutiva³⁰ em que se observou se as decisões prolatadas pela primeira vara de execuções penais do termo Judiciário de São Luís, referente aos procedimentos administrativos disciplinares notificados a defensoria pública nos meses de janeiro a março de 2016 obedeceram à previsão disposta na súmula 533 do STJ, ou seja, se a homologação de falta grave, dos processos analisados, foram antecedidas da conclusão do PAD.

³⁰ Vai do particular ao geral e não o contrário. O pesquisador busca dados particulares (informações sobre a realidade do direito) e depois os elabora para tirar conclusões gerais. (SABADELL, 2005, p. 170).

Para colher os dados necessários, utilizou-se de um estudo de correntes jurisprudenciais³¹ (CARVALHO, 2008) estabelecendo-se como critério para escolha inicial dos julgados, os processos que haviam instauração de PAD pelo estabelecimento prisional para apuração do cometimento de falta grave e que foram encaminhados a Primeira Vara de Execuções Penais de São Luis, fazendo-se está colheita de processos frente às notificações realizadas à Defensoria Pública do estado do Maranhão, nos meses de janeiro a março de 2016.

De início, após selecionar os processos, foi feita uma filtragem em que retirou os procedimentos relativos à faltas cometidas por presos provisórios ou definitivos que ainda não constavam guia de execução e, conseqüentemente, inexistia processo eletrônico no sistema VEP/CNJ.

Posteriormente, fora retirado os processos que até a data de finalização da pesquisa, estavam com PAD arquivado, os que os apenados foram absolvidos ainda em fase administrativa, os que tiveram extinta a punibilidade e os que não constavam homologação do PAD pelo juízo da execução. Mantendo-se assim, o número final de quatorze processos que tiveram decisão de homologação pela primeira VEP até o encerramento da pesquisa que se deu em 20 de outubro de 2016.

Os formulários de apuração foram preenchidos pela análise dos procedimentos administrativos instaurados, sendo considerados, no campo de pesquisa, se constava decisão de homologação, se foi instaurado ou não o PAD, se sendo o PAD instaurado, se constava concluso no processo eletrônico, o número da portaria e da ocorrência e a falta que ensejou a abertura do PAD. Posteriormente, se procedeu a correlação dos dados encontrados com o disposto em lei, na doutrina e na jurisprudência pátria. Apurando-se os processos que obedeceram às garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal.

4.1.1 Apresentação dos dados

³¹ Neste tipo de estudo é estabelecido um critério metodológico de seleção de julgados representativos do Tribunal objeto de investigação, ou seja, definir a Corte, delimitar o período de tempo de pesquisa e criar marcadores (palavras-chaves) que permitam selecionar os julgados relacionados com o tema de pesquisa. A partir deste levantamento, cria-se o banco de dados que será o campo de investigação. Consistindo o trabalho, pois, em verificar o direcionamento do Tribunal e os argumentos utilizados pelos julgadores sobre o tema de investigação.



Gráfico 1 – Faltas homologadas
 Fonte: Pesquisa de campo elaborada pelo autor

Com base no gráfico, é possível observar que entre as quatorze decisões que constam homologação da falta disciplinar, apenas 43% tiveram por base, para a homologação da falta grave, a presença do procedimento administrativo disciplinar concluído, ou seja, em apenas 06 (seis) faltas homologadas, o juízo da primeira Vara de Execuções seguiu o disposto na Súmula 533 do STJ, garantindo ao apenado o direito ao devido processo legal em fase administrativa.

Registre-se que, em justificativa à homologação da falta sem a conclusão da falta pelo PAD, este juízo usa comumente dois argumentos: O fato de constar nos autos ofícios de instauração e de ocorrência da falta e o de que, contudo não tenha nos autos a conclusão do procedimento administrativo, na fase judicial, foram observados os princípios do contraditório e ampla defesa³² (quando é observado).

A se ver a amostragem acima, é necessário observar que não se deve relativizar garantias, ademais, o que se põe em xeque, é o direito à liberdade do indivíduo, vez que as

³² Para o juízo da primeira VEP, o fato de realizar audiências de justificação é o suficiente para garantir ao apenado o contraditório e ampla defesa. Assim, caso não tenha sido realizado ou concluído o procedimento administrativo disciplinar, a audiência de justificação pode “substituir” sua falta. No entanto, o contraditório realizado em fase judicial através das audiências de justificação se mostra necessário, mas não suficiente, vez que, embora a aplicação das sanções “mais gravosas” a liberdade do apenado, sejam aplicadas pelo juízo da execução, a LEP também prevê a possibilidade de aplicação de sanções internas (art. 54 da LEP) pelo diretor do presídio, necessitando para sua aplicação, como já visto, da homologação em juízo do procedimento administrativo disciplinar.

consequências jurídicas (vide 3.4) decorrentes da ausência de um devido processo legal enseja manifesto prejuízo ao *status libertatis* do apenado.



Gráfico 2 – Tipos de faltas homologadas sem PAD
Fonte: Pesquisa de campo elaborada pelo autor

Outro ponto que foi observado é quanto à não instauração do PAD, em razão da falta cometida ser a fuga do apenado, ou o não retorno da saída temporária. Limitando-se a encaminhar ao juízo da execução o nome do apenado e a data da ocorrência. A justificativa³³ que é utilizada para homologação do PAD sem garantir a esse apenado a ampla defesa em fase administrativa, é que com a simples fuga, já fica evidenciado que o apenado não está cumprindo as reais finalidades da pena, sem submeter esse apenado, ainda em fase administrativa, a qualquer processo que possibilite sua justificativa³⁴.

Como já visto o não retorno da saída temporária é considerada fuga e conseqüentemente falta grave (art. 50, II, da LEP). Em razão disso, seu período de tempo para obter a progressão de regime irá reiniciar do zero, a partir do cometimento da infração disciplinar³⁵. Assim, em casos de fuga, a contagem do prazo apenas é recomeçada no dia da recaptura, por se entender que o apenado está em um permanente estado de falta grave enquanto foragido.

³³ Nº Processo: 0023140-53.2015.810.0141; Nº Processo: 0015220-96.2013.810.0141. Nº Processo: 0004310-10.2013.810.0141. (VEPCNJ, 2016)

³⁴ O apenado pode ter justificativa plausível para a demora em retornar ou até mesmo para não ter retornado ao estabelecimento prisional. Como em casos de doença, acidentes.

³⁵ HC 111. 339, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17.08.12

No entanto, defende-se, em sentido contrário, vez que o reconhecimento judicial de falta grave, mesmo a falta sendo a fuga do apenado, não supre a não instauração do procedimento administrativo para apurá-lo, mesmo que tenha sido regularmente ouvido em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, vez que o PAD não se trata de uma mera formalidade, pelo contrário é uma garantia constitucional que precisa ser obedecida. Ademais, retira do apenado a possibilidade de ser absolvido ainda em fase administrativa por aquela falta e não ter seus benefícios cautelarmente suspensos enquanto aguarda a audiência em juízo³⁶.

Outro ponto observado ao se analisar a homologação de faltas graves, foi se há ou não morosidade do juízo para homologação dessas faltas. Vez que, em razão da demora para prolação da decisão, pode acontecer que ao ser prolatada essa decisão, já inexistente efeito prático, ou seja, muitas vezes ocorre, que ao juízo decidir pela suspensão dos benefícios desse apenado, não produz mais efeito, vez que seus benefícios já estão temporariamente suspensos a tempo maior do que foi aplicado na própria decisão.



Gráfico 3 – Faltas homologadas sem efeito prático
Fonte: Pesquisa de campo elaborada pelo autor

Como demonstrado na tabela, é possível perceber que em 64% (sessenta e quatro por cento) dos processos analisados, ao tempo que foi prolatada a decisão de homologação da falta grave, as decisões já se encontravam sem efeitos práticos, ou seja, os apenados já haviam

reestabelecido o prazo para concessão de benefícios, mas em razão da morosidade do juízo em decidir sobre as faltas, os apenados se mantinham com os benefícios suspensos.

Assim, toda discussão em torno da celeridade e da razoável duração do processo na execução penal deve ser permeada por uma questão primordial: que o apenado, não dando causa à procrastinação processual, por ela jamais deveria ser prejudicado.

5 CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, a pesquisa de início buscou analisar os princípios constitucionais aplicáveis na execução penal e que tinham maior observância durante a instauração, apuração e homologação dos procedimentos administrativos disciplinares. Nesta análise, foi possível observar que muitas regras e princípios deixam de ser observados, como é o caso da Jurisdicionalidade da execução, em que mesmo sendo decorrência do estado democrático de direito, continua sendo discutido.

Assim, se vê que não há uma interpretação da lei de execução penal de forma que dê aos apenados uma maior garantia de seus direitos. Precisando ser repensada de forma a se ter maior efetividade às garantias asseguradas ao direito positivo.

Posteriormente, ao se analisar os deveres, direitos e disciplina da execução, percebeu-se que o que ocorre é uma grande exigência do estado para que os apenados cumpram a disciplina que lhe é imposta, entretanto, não tendo por parte da administração penitenciária o atendimento de seus direitos.

Quanto às faltas disciplinares que podem ser imputadas ao apenado, como visto, essas podem ser natureza leve, média e grave. Não obstante, as faltas graves, que são objeto da pesquisa, podem ensejar ao apenado consequências jurídicas que, muitas vezes, são piores que a própria pena aplicada.

Assim, em razão das consequências passíveis de serem imputadas a esse apenado, conforme disposto em lei, faz-se necessária a instauração de procedimento administrativo disciplinar para que se apure se de fato o apenado é a real autoria e existência da falta cometida, bem como que se apure a natureza daquela infração disciplinar.

Para corroborar com a necessidade de instauração e apuração da falta pelo procedimento administrativo, tem-se o verbete sumular de número 533 do STJ, que reluz a determinação descrita no artigo 59 da Lei de Execução Penal. Ou seja, a obrigatoriedade de observância dos princípios e garantias constitucionais processuais para a aplicação de sanção disciplinar. Dito de outra maneira, a normativa visa evitar qualquer conduta arbitrária na averiguação de indisciplina durante o cumprimento da pena.

Assim, para que seja garantido que, em fase administrativa, foram observados os direitos constitucionais previstos ao apenado, como visto, deve ser encaminhado, ao juízo da execução a conclusão do PAD, para que este analise se houve a observância do previsto em

lei durante a apuração, ou seja, se todos os direitos inerentes ao devido processo legal, foram atendidos. Caso contrário, mostrar-se-á eivado de nulidade o procedimento instaurado.

Quanto à observância do disposto em lei e na súmula analisada, pela primeira Vara de Execuções penais do termo judiciário de São Luis, apurou que esse juízo, para a homologação das supostas faltas disciplinares cometidas, não se baseia, para todos os casos, em procedimentos administrativos disciplinares concluídos. Ou seja, o juízo da primeira vara de execução tem aplicado a apenados consequências jurídicas por uma suposta falta que não foi sequer confirmada em fase administrativa. Baseando-se, muitas vezes, apenas em ofícios de instauração do procedimento, sem que àquele apenado seja garantido qualquer contraditório ou ampla defesa.

Deste modo, se observa, por parte desse juízo, a arbitrariedade em imputar ao apenado uma situação que agrava sua pena, sem ao menos ter a real certeza da autoria, se, de fato, aquela falta foi cometida, ou sem dar a esse acusado a oportunidade de produzir provas em seu favor. Assim, outra conclusão não resta que não seja a desse juízo observar o disposto em lei e garantir a esse apenado todos direitos que lhe são devidos, tanto em fase judicial, como em fase administrativa, vez que, como já dito, existindo a possibilidade de restrição de direito do apenado ou de sua liberdade, não se deve nem mesmo cogitar a possibilidade de relativização de suas garantias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. **Revista de informação legislativa**, 123-134. Brasília. a.42 n. 165 jan./mar. 2005

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10º ed. amp. e atualizada. São Paulo, Editora Malheiros, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 6049 de 27 de fevereiro de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Decreto nº 8.615, de 23 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8615.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **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> Acesso em 10 set. 2016.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm> Acesso em 12 out. 2016.

_____. **Lei 11.464 de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111464.htm> Acesso em 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 9164**. Decisão Monocrática. 19 de setembro de 2014. Diário de Justiça de 14 de outubro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 135082**. 6ª Turma. Diário Eletrônico de 14 de março de 2011.

_____. **REsp 1.176.486/SP**, Rel. Ministro Napoleão N. M. Filho, terceira seção, maioria, DJe de 01 de junho de 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CABRAL, Sandro. **Além das Grades: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional**. Escola de Administração. Universidade Federal da Bahia. 2006. (Tese de Doutorado) Disponível: <<http://www.adm.ufba.br/pt-br/publicacao/alem-grades-analise-comparada-modalidades-gestao-sistema-prisional>> Acesso em: 03 out. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983** . Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>> Acesso em 10 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Crítica à Execução Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

_____. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 115-132, jan./mar. 1995

FERRAJOLLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado**. *Justitia* (São Paulo), São Paulo, v. 56, p. 34-48, 1994.. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/35x0y6.pdf>. Acesso em: 01 set. 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador- BA, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal e Direito de defesa**. Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 35, 2009.

_____. **O Processo em Evolução**, 2ª ed, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11º ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2009.

JÚNIOR, Renê Beckmann Johann; TEIXEIRA, Caroline Kohler. **O procedimento administrativo para apuração de faltas disciplinares no curso da execução penal em Santa Catarina**. 2016. Disponível em: </ http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/publicacoes/artigos/doc_download/515-artigo-o-procedimento-administrativo-para-apuracao-de-faltas-disciplinares-no-curso-da-execucao-penal-em-santa-catarina-caroline-k-t-e-rene-b-j-j>. Acesso em: 01 set. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOPES JR, Aury. **Revisitando o Processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade Garantista**. In: CARVALHO, Salo de. et al. Crítica à execução penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.p. 374.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2014.

MARANHÃO. **Decreto estadual nº 27640 de fevereiro de 2011**. Disciplina o funcionamento das Unidades Prisionais do Estado do Maranhão e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.seap.ma.gov.br/files/2015/10/Decreto-27.640.2011.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Decreto estadual nº 31356 de novembro de 2015**. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar Prisional - REDIPRI aplicável às Unidades Prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEJAP. Disponível em: <<http://www.seap.ma.gov.br/files/2015/10/Decreto-31.356.2015.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. **HC no (a) AgExPe 040937/2013**, Rel. Desembargador(a) José Luiz Oliveira De Almeida, Segunda Câmara Criminal, julgado em 16 de julho de 2015, DJe 21 de julho de 2015).

MARCÃO, Renato. Curso de execução Penal. 13º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Execução Penal**. (Coleção saberes do direito) – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Execução penal** - ideal normativo e realidade prática. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p. 5-15, dez./jan. 2011

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - Vol. 2 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2016.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: RT, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **EP: 00551175420128190000 RJ 0055117-54.2012.8.19.0000**, Relator: DES. Marcus Quaresma Ferraz, Data de Julgamento: 17/10/2012, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: 10 de dezembro de 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. **AGV: 70053454666 RS**, Relator: José Luiz John dos Santos, Data de Julgamento: 28/03/2013, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08 de abril de 2013.

_____. **AGV: 70058140328 RS**, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 27/02/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01 de abril de 2014.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2 ed. 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal:** teoria crítica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. 3 ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 12a. Câmara Criminal **Habeas Corpus n° 990.08.194202-0**. Julgado em 01 de abril de 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. et al. **Crítica à execução penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

_____. Hermenêutica na execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 84-121, abr./jun. 2002

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: saraiva. 2013

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 9 ° ed.: Rev., amp. e atualizada. Salvador, 2014.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. **Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal** – Propostas para melhoria do desempenho de uma Vara de Execução Penal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008.
Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5GvaWsArWUsJ:www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp116414.pdf+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 03 out. 2016

VALOIS, Luís Carlos. **Direitos processuais na execução penal.** São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. 2 v. **Anais do Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 19). Disponível em:
<http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/253-Direitos-processuais-na-execucao-penal>. Acesso em: 16 out. 2016.

VEPCNJ. **Vara de Execuções Penais**. Disponível em: <<https://vepcnj.tjma.jus.br/>> Acesso em 10. Out. 2016.