

Legitimação democrática e sistema acusatório na execução penal: reflexos sobre a apuração da falta disciplinar de natureza grave

*Arnaldo Lares Campagnani**

*Lucas Ribeiro Rodrigues***

Sumário

Introdução – 1. Processo penal democrático e a expressa inclusão do sistema acusatório no Código de Processo Penal – 2. Contextualização do problema do incidente de falta grave – 3. Aplicabilidade do modelo de processo à execução penal – Conclusão – Referências.

Introdução

Este trabalho tem como fim a abordagem de temática atinente à execução penal, disciplina tantas vezes negligenciada nos cursos de Direito e na doutrina. Especificamente, é abordado o problema consistente na efetiva falta de um procedimento para apuração de faltas graves por condenados durante execução da pena. A questão que se coloca é a seguinte: a atual normatização da apuração de falta grave no âmbito da execução penal satisfaz as pretensões de legitimação democrática do poder postas na Constituição da República de 1988?

Para responder à questão, na primeira parte do artigo busca-se estabelecer os marcos do que seja um processo penal legitimado democraticamente, nos termos da Constituição da República de 1988, cuidando-se para restringir o objeto (por demasiado complexo) aos caracteres mais relevantes para abordagem do problema. Não se negligencia que o processo penal seja informado por diversos outros importantes

princípios além dos expressamente tratados neste texto (v.g., presunção de inocência, fundamentação das decisões, publicidade, oralidade etc.). Porém, no concernente ao questionamento que guia o trabalho, em razão de seu objetivo e das limitações de espaço, entende-se relevante restringir-se a dois pontos básicos: a necessidade de um procedimento regulado (devido processo legal) e que contemple a participação da defesa em igualdade de condições com a acusação (contraditório). Como se verá, este é o núcleo duro da legitimação democrático-constitucional do processo penal, para o qual também convergirão os demais princípios na contenção do poder estatal e do arbítrio. Ademais, trabalha-se na primeira parte essas categorias e sua relação com o sistema acusatório, ressaltando-se a importância de sua expressa inclusão no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019.

Após o estabelecimento dos parâmetros que guiam o estudo, na segunda parte aponta-se de maneira mais detalhada o objeto do problema: o incidente de falta grave. Para isso, são indicadas e esmiuçadas as atuais (e poucas) normas que regulamentam a matéria e exemplificados desvios verificados na prática judiciária, relacionados à débil normatização e que implicam um déficit de legitimação das decisões proferidas em incidentes de apuração de falta grave.

Explicitadas as bases teóricas na primeira parte do texto e exposto o problema decorrente da lacônica normatização do incidente de apuração da falta grave, bem como os desvios que ocorrem na apuração de indisciplinas no âmbito judicial, a terceira parte do trabalho consiste em realizar o esforço de interpretação do processo penal à luz da Constituição da República de 1988 estendendo-o à fase da execução penal. Intenta-se demonstrar o caráter jurisdicional da execução penal e sua imprescindível correspondência aos parâmetros de legitimação democrática constitucional para fundamentar se chegar à resposta do problema exposto.

Ao final, conclui-se (já se adianta) com a resposta negativa à pergunta posta: a atual normatização do procedimento de apuração de falta grave não atende aos parâmetros de legitimação democrática postos pela Constituição da República de 1988. Sem descuidar de toda a insegurança que traz a falta de um procedimento minuciosamente previsto em lei – não por acaso o devido processo legal é basilar em um Estado Democrático de Direito –, a fim de corrigir o problema propõe-se um modelo a ser aplicado *de lege lata*,

a partir dos dispositivos constitucionais, notadamente do princípio do contraditório, enquanto não vem a urgente reforma na legislação que materialize expressamente no âmbito do processo de execução penal o sistema acusatório, de todo já imposto por força constitucional.

1. Processo penal democrático e a expressa inclusão do sistema acusatório no Código de Processo Penal

Parte-se, de princípio, da necessidade do processo no âmbito penal. *Nulla pena sine iudicio* é o sétimo dos dez axiomas de Luigi Ferrajoli,³ e com isso o professor italiano buscou trazer para sua teoria do garantismo penal a imprescindibilidade do juízo para que sejam aplicadas punições penais. De fato, e sem entrar na atual e controversa questão da introdução de soluções consensuais no âmbito do processo penal, os sistemas jurídicos do continente europeu e também o brasileiro evoluíram na tradição de que a afirmação da culpa no âmbito penal é sempre precedida de um processo, sempre precedida do processo penal. Cabe, no âmbito deste trabalho, compreender melhor o que é esse processo penal e o porquê de sua indispensabilidade.

Bem analisadas, as questões se imbricam. A definição do que seja o processo penal e, por consequência, a compreensão de suas características essenciais passam em si mesmas pela percepção de que o processo se encontra inserido em um círculo maior, consistente no círculo constitucional.⁴ Dessa forma, o processo não pode ser algo que desatenda à Constituição, aos fundamentos e princípios constitucionais. Ao reverso, o processo é indispensável na realização do projeto democrático contido na Constituição, sendo parte fulcral no sistema constitucional. Afinal, ambos devem convergir e é no entendimento da confluência entre processo penal e Constituição que se encontrarão tanto as características essenciais quanto a indispensabilidade do primeiro em face do segundo.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º, já de saída preceitua que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Nem poderia ser diferente, após 21 anos de Ditadura Militar, e o próprio preâmbulo constitucional esclarece a intenção da Assembleia Nacional Constituinte de instituir um Estado Democrático.

Muito além da mera eleição de representantes políticos, do sufrágio universal ou mesmo de formas de participação direta como o plebiscito e o referendo, a constituição de um Estado Democrático de Direito tem por consequência última o reconhecimento de que “todo poder emana do povo”, como colocado no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República. O princípio da soberania popular é preceito de matiz revolucionário. “Concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*”.⁵

A previsão de procedimentos juridicamente regulados é absolutamente imprescindível para a concretização do Estado Democrático de Direito. Contudo, por si só, não é condição suficiente. Especialmente no âmbito processual penal, não basta simplesmente a previsão do procedimento, como se se tratasse de mera formalidade, pois o processo penal “não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário”.⁶

A fim de que se afirme seu caráter democrático, os procedimentos juridicamente regulados que caracterizam o processo penal democrático devem, além de conter previamente todas as hipóteses e formas de intervenção do Estado nesse mesmo procedimento, contemplar a possibilidade de participação por parte do(s) cidadão(s) possivelmente afetado(s) pela decisão que ao final será tomada.

Democracia é *democracia participativa*, é *participação* dos afetados pelo ato de poder. Essa exigência remonta à percepção de que o ser humano se realiza no diálogo. As pessoas realizam-se na linguagem que é, afinal, um colocar-se no mundo. O diálogo pressupõe um outro indivíduo dialogante, e sua plenitude exige o reconhecimento do outro como igual, o que implica enxergar esse outro não apenas como *alter*, mas como *alter ego*, um *outro eu*.⁷ Assim, enxergar na participação o fundamento da democracia é atinar não apenas para a igualdade imprescindível a qualquer estrutura-democrática, mas para o reconhecimento de que cada pessoa possui o direito à autodeterminação, possui o direito de não ser alijado das decisões que

repercutem sobre sua própria vida. Ver na participação o fundamento da democracia é o que possibilita responder a uma demanda ética de fundo, afinal “ser verdadeiramente pessoa não é condição garantida, à partida, ao indivíduo, é antes uma possibilidade (vocação) ontológica e [...] uma tarefa existencial”.⁸

Trazida para o processo penal, a necessidade de participação posta pela democracia associada à pretensão de legitimidade democrática – única possibilidade constitucionalmente válida – da decisão implica que ao processo penal não seja dado prescindir da defesa.

Essa participação da defesa, por sua vez, de nada adiantaria se fosse tão somente formal. A participação democrática é aquela que permite a contraposição de ideias e provas em posição de igualdade entre os participantes, de maneira que nenhum deles se veja, já na saída, em posição de inferioridade decorrente da estrutura do procedimento.

No processo, significa que a participação do acusado se dá em contraditório. A importância da participação em contraditório para o processo é tamanha que Elio Fazzalari elegeu o próprio contraditório como a nota distintiva do processo com relação às outras espécies de procedimento, e Aroldo Plínio Gonçalves ressalta que na teoria fazzalariana “o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei”. Destarte, o autor mineiro conclui que “é essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo”.⁹

A contraposição de tese e antítese apresentadas por acusação e defesa, tendo o juízo como terceiro imparcial a julgar, define o contraditório e o próprio processo. Luigi Paolo Comoglio ressalta que o contraditório é concebido de maneira dupla e,

sob uma perspectiva formal ou técnica, o “bilateralismo” da ação, baseado no dualismo necessário entre ator e acusado, seria harmonizado com o caráter estruturalmente “trilateral” do julgamento – no qual a intervenção do juiz é dirigida para compor, numa “síntese” superior, a contraposição entre uma “tese” e uma “antítese” – contribuindo para colocar racionalmente o contraditório como

naturalia processus (sem o qual o “juízo” não pode ser definido como tal).¹⁰

A própria razão de ser e existir do processo e de sua estrutura dialética repousam na imposição de que ele seja um dispositivo estruturado para que as partes possam atuar coordenada e criticamente, dessa forma colaborando e em conjunto construindo a decisão judicial pelas provas e argumentos que levam ao terceiro imparcial que é o juiz.¹¹

Especificamente no âmbito processual penal, não há alternativa que não seja a adoção do sistema acusatório para o processo penal. Por esse modelo, para além da mera separação entre as funções de acusar e julgar, impõe-se a colocação da gestão da prova na mão da acusação e defesa,¹² que deverão definir o conteúdo do processo, o objeto das provas (*thema probandum*), bem como apresentar essas mesmas provas e alegações em juízo.

A adoção do sistema acusatório, nesse sentido, converge para a materialização do contraditório, porquanto seus princípios sejam a alternativa que permita igualar os desiguais. No processo penal, o problema consiste em permear o procedimento de democraticidade ao igualar o lado hipossuficiente (indivíduo) com o hipersuficiente (Estado), de maneira que se opere um dispositivo que garanta efetivamente à defesa a oportunidade de atuação em paridade de armas.

Já é bem documentado e estudado que de nada adiantaria manter sob a mesma pessoa as funções de julgar e acusar, bem como conceder ao julgador a gestão das provas. A experiência histórica demonstra como, concentrados em um só sujeito esses poderes, a tendência é que haja um abuso do poder. Ademais, mesmo que, materialmente, estivesse se falando de “decisões corretas” – e para isso ter-se-ia que operar com uma categoria da *verdade real*, que já deveria ter sido superada –, ainda assim não se estaria na sintonia democrática exigida pela Constituição da República.

É que, a partir do marco constitucional adotado pelo Estado Brasileiro, a discussão não consiste simplesmente no que é a decisão correta, no procedimento mais seguro ou no menos custoso. Ao tratar da relação cidadão/Estado e das formas de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, opera-se no campo não do correto, mas do democraticamente legítimo. Uma decisão, ainda que à primeira vista pareça “acertada” ou “justa”, não sendo

tomada no seio de um procedimento que assegure a participação do afetado em igualdade de condições com o Estado-acusador, não será democrática e, portanto, legítima. Trata-se, cada uma dessas decisões tomadas sem a necessária legitimação democrática imposta pela Constituição, de uma decisão inválida e um passo a mais em direção ao autoritarismo, independentemente das intenções com que sejam tomadas ou mesmo de seu “acerto”.

Embora a adoção do sistema acusatório no Brasil tenha amparo constitucional, dado o histórico autoritário e a resistência à completa adoção desse modelo, na prática cotidiana o processo penal pátrio é ainda permeado de matizes antidemocráticos e incompatíveis com a Constituição da República. A efetiva adoção de um processo penal de base acusatória na praxis judiciária brasileira “não ocorrerá enquanto o Poder Judiciário não assumir a CF/88 contra o CPP; enquanto se ficar fazendo concessões imperdoáveis ao fundamento inquisitorial, contra a CF/88”.¹³

Dado esse renitente vício de incompreensão da própria lógica jurídica, que reiteradamente leva a que se depare com decisões em que se interpreta a Constituição da República à luz do Código de Processo Penal, ao invés do contrário, a inclusão expressa do artigo 3º-A no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019, consagrando que “o processo penal terá estrutura acusatória”, servirá – espera-se – como reforço normativo para vedar iniciativas no âmbito penal e processual penal que sejam incompatíveis com a legitimação democrática constitucional.

Portanto, ao tratar do processo penal neste trabalho, esse processo que regula a relação Estado-cidadão e é imprescindível para a aplicação de sanções penais pelo Estado Brasileiro, trata-se de um processo calcado no sistema acusatório. Basicamente, no que interessa ao objeto desta pesquisa e sem pretensões de reduzir a uma fórmula simples toda a complexidade, nuances e implicações do processo penal e do sistema acusatório, significa um processo com procedimento previamente regulado, procedimento este que contemple a separação de funções do julgador e acusador, que preveja em paridade de armas e oportunidades as hipóteses e formas de intervenção do Estado (hipersuficiente) e da defesa (hipossuficiente), igualando seu natural desnível de poder, e que deixe à acusação e defesa a gestão da prova.

Colocada essa premissa teórica do trabalho, pode-se passar ao apontamento dos problemas que atualmente envolvem a apuração de falta grave na execução penal.

2. Contextualização do problema do incidente de falta grave

A Lei de Execução Penal (n. 7.210, de 11 de julho de 1984), em seu capítulo IV, dos artigos 38 ao 60, regulamenta os deveres, os direitos e a disciplina dos condenados à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e do preso provisório.

Conforme o artigo 44 da Lei de Execução Penal (LEP), espera-se que todo condenado e preso provisório cumpra com seus deveres, observando as normas disciplinares. Quando há quebra dessa expectativa, ou seja, quando se pratica ato de indisciplina, comete-se uma infração que pode ser de natureza leve, média ou grave. O legislador, no entanto, preferiu definir somente as faltas graves (artigos 50, 51 e 52), delegando ao legislador local a competência para regular as médias e leves e as respectivas sanções (artigo 49).¹⁴

Os artigos 47 e 48 da LEP, ademais, estabelecem que cabe à autoridade administrativa o exercício do poder disciplinar, que, uma vez comunicada sobre a ocorrência de uma falta, seja de natureza leve, média ou grave, deve instaurar procedimento administrativo disciplinar (PAD) para sua apuração (artigo 59). Mediante ato motivado, incumbe-lhe aplicar quando cabível as sanções administrativas previstas no artigo 53 (advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; inclusão no regime disciplinar diferenciado, condicionado à prévia e fundamentada decisão do juiz competente), considerando para tanto a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (artigo 57).

Em Minas Gerais, o Regulamento Disciplinar Prisional do Estado de Minas Gerais (REDIPRI-MG),¹⁵ aprovado pela Secretaria de Defesa Social por meio da Resolução n. 742/2004, em seus artigos 52 a 59, estabelece o procedimento disciplinar a ser adotado em caso de prática de faltas-

disciplinares. Em suma, o artigo 59 do REDIPRI-MG prevê que em nenhuma hipótese a falta disciplinar poderá ficar sem apuração, e adota o seguinte rito: a) praticada a falta disciplinar, lavra-se ocorrência relatando os fatos, para que seja instaurado procedimento disciplinar administrativo visando sua apuração, podendo o chefe da segurança ou responsável pelo plantão adotar medidas preliminares que o caso requeira e, dependendo de sua gravidade, isolar preventivamente o sentenciado, após ouvir o diretor geral da unidade (artigo 52); b) formulada e registrada a ocorrência, o chefe do setor de segurança deve encaminhá-la, de imediato, ao diretor geral da unidade, que decidirá a respeito, fazendo certo juízo de admissibilidade (artigo 53); c) o diretor geral da unidade, detectando necessidade de apuração formal, encaminha imediatamente ao Conselho Disciplinar, para os devidos fins, a documentação que se encontrar à disposição e, em se tratando de falta grave, remete também o termo de declarações dos envolvidos e depoimentos, bem como as provas materiais, se houver (artigo 54); d) durante o procedimento, são admitidos como provas todos os meios previstos em direito, sendo que o infrator pode se defender por si próprio, por advogado da unidade prisional ou por procurador por ele constituído (artigos 55 e 56); e) concluída a fase instrutória, o Conselho Disciplinar profere decisão, no prazo máximo de 5 dias úteis, transcrita em ata, remetendo-a ao diretor geral da unidade (artigo 57); f) da decisão cabe recurso administrativo (artigos 75 a 79), e, passado o prazo para insurgência, o diretor geral da unidade encaminha ao setor penal o original da ata e cópias ao juiz da execução e à Superintendência de Segurança e Movimentação Penitenciária, sendo que, nos casos de falta grave e de pena de isolamento, o diretor geral da unidade deve comunicar o fato ao juiz da execução, individualmente (artigo 58); g) por fim, o artigo 80 dispõe que, em qualquer época, o preso pode requerer a revisão da punição.

Apurada na esfera administrativa a prática de infração que se tipifique como falta grave (artigos 50 a 52 da LEP),¹⁶ a autoridade administrativa deve comunicá-la ao juízo de execução penal, dando-se a instauração do devido incidente¹⁷ no processo de execução do condenado¹⁸ em razão das repercussões que poderão atingir diretamente sua pena e larguear a privação de sua liberdade, tais como: a regressão de regime e interrupção do prazo para eventual progressão (artigo 118); a perda de até um terço de dias

remidos (artigo 127); a impossibilidade de indulto/comutação e de livramento condicional¹⁹ pelo não preenchimento de requisito subjetivo (bom comportamento carcerário); a revogação de trabalho externo, de saídas temporárias e de monitoração eletrônica (artigos 37, parágrafo único, 125 e 146-D); a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (artigo 181, § 1º, d, e § 2º); e a colocação em regime disciplinar diferenciado (Lei n. 10.792/03).

Ao contrário do que acontece, minimamente e ainda que passível de questionamentos, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, não há na Lei de Execução Penal um procedimento específico e claro a ser adotado para a apuração da falta grave. Embora o artigo 118, § 2º, da LEP disponha que o condenado deve ser ouvido previamente à decisão de regressão quando houver prática de fato definido como crime doloso ou falta grave, e os artigos 194 a 197 prevejam um procedimento judicial geral, tais disposições legais, além de criticáveis (como se verá adiante), não proporcionam um espaço procedimentalizado que confira legitimidade democrática à decisão, garantindo a participação dos afetados, em simétrica paridade, na formação do provimento final. Ao revés, cria-se um espaço ao arbítrio e desvios graves no âmbito das varas de execuções penais²⁰ e até mesmo nos tribunais.

Destarte, exposta a forma como se dá a apuração da falta grave pelo juízo da execução e a insegurança jurídica daí decorrente, repercutindo o modelo de processo penal exposto no capítulo anterior, propomos a seguir uma procedimentalização constitucionalmente adequada do incidente – processual – de apuração de falta grave, partindo, principalmente, dos reflexos da adoção do sistema acusatório sobre a execução penal.²¹

3. Aplicabilidade do modelo de processo à execução penal

Para unificar as questões postas nas partes precedentes, imprescindível tecer antes alguns comentários sobre a natureza jurídica da execução penal e, por conseguinte, do incidente de apuração de falta grave. Com efeito, conciliar aspectos relativos ao direito penal, processual penal e

administrativo, todos presentes na execução penal, não é tarefa simples, mas a complexidade deve fomentar a discussão, não a obstar.

A Execução Penal, num primeiro momento, era compreendida como exclusivamente administrativa.²² Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, encerrava-se o processo penal e iniciava a atividade de execução da punição pelo Estado-Administração, a quem competia expiar a culpa do condenado, objeto da administração penitenciária. Nessa perspectiva administrativista, a execução da pena trazia consigo todas as repercussões próprias do direito administrativo, sobretudo a supremacia do interesse público sobre o individual.

Posteriormente, nas décadas de 1970 e 1980, fortaleceu-se a linha doutrinária pela necessidade de jurisdicionalização da execução penal, sem excluir, todavia, sua coexistência com elementos da atividade administrativa. Essa vertente passa a considerar, portanto, uma natureza jurídica mista ou híbrida, uma vez que várias atividades inerentes ao sistema executivo penal são mantidas como típicas do direito administrativo (penitenciário), a despeito de alguns incidentes dependerem do âmbito judicial. Essa linha foi acolhida por Ada Pellegrini Grinover²³ e atualmente é amparada por Guilherme de Souza Nucci.²⁴

Após publicação da Lei n. 7.210/84, Alberto Silva Franco,²⁵ em obra datada de 1986, endossou a necessidade de jurisdicionalização da execução penal, criticando o administrativismo sob alegação de que o devido processo legal não deveria se restringir apenas aos incidentes de execução, e sim a toda a execução da pena privativa de liberdade. Afinal, trata-se, em sua totalidade, daquela relação cidadão/Estado de hipo/hipersuficiência, em que o primeiro poderá ter privada sua liberdade em maior ou menor medida de acordo com as decisões tomadas pelo segundo.

A problemática do modelo “misto” da execução penal é análoga e merece mesmo tratamento crítico aplicável a quem defende a convivência de uma hibridez entre inquisitivo e acusatório no processo penal. Além das conhecidas contribuições de Coutinho, Salo de Carvalho, especificamente sobre a execução penal, pondera que

imprescindível notar, preliminarmente, a impossibilidade de existência de um sistema jurídico híbrido ou misto, seja ele processual, penal ou

penalógico, como inúmeros autores postulam. A característica dos sistemas, como a dos paradigmas e dos tipos ideais, é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. O modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. O sistema executivo é jurisdicional ou administrativo.

Claro que se pode visualizar no interior de um modelo normativo garantista (acusatório) práticas ou regras antigarantistas (inquisitoriais). Todavia, estas não descaracterizam a matriz original, apenas a maculam.²⁶

Todo e qualquer microssistema processual, aqui incluída a execução penal, deve ser abalizado pelos princípios constitucionais processuais, sobretudo o contraditório, já que, como se viu, é o elemento estruturante e caracterizador do procedimento que se especifica em processo e a ele se reconduz a legitimidade democrática do processo. Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, o condenado, mesmo em cumprimento de pena, permanece sendo sujeito de direitos, incluindo aqui os processuais. Assim, deve ser garantida sua participação na construção das decisões a serem suportadas por ele durante a execução da sanção criminal.

Ainda que, sob enfoque da escola instrumentalista – centrada na figura do juiz como “superparte” e pacificador social –, haja um esforço da dogmática jurídica e até mesmo do legislador²⁷ em dar à execução penal contornos-jurisdicionais, afastando-a da concepção “administrativista”, tal empenho não necessariamente proporciona aos sentenciados um espaço procedimentalizado balizado pelos princípios do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e na imparcialidade do julgador, exatamente porque as bases teóricas não partem obrigatoriamente da concepção do processo de acordo com o modelo constitucionalmente estabelecido. Não por acaso, ainda ressoa nos tribunais pátrios uma concepção da execução penal e de seus incidentes descolada da necessária legitimação democrática que a Constituição da República de 1988 cobra.²⁸

Para dar o passo seguinte e ir além do simples esforço de jurisdicionalização, a execução penal deve ter suas matrizes, em primeiro

lugar, constitucionais, não só no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição de República de 1988, mas também nas garantias que norteiam o modelo constitucional de processo penal – processo compreendido tanto na “fase de conhecimento” quanto na “fase de execução”. Não há impeditivos para a incidência, dentre outros, dos princípios acusatório (artigo 129, I, da CR/88), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CR/88), do contraditório (artigo 5º, LV, da CR/88), da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CR/88), da vedação à prova ilícita (artigo 5º, LVI, da CR/88), da fundamentação das decisões (artigo 93, IX, da CR/88) e inclusive da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CR/88).

Reputa-se correta, portanto, a afirmação de que a execução penal deve ser entendida como uma fase do processo penal, contida entre ato inicial do procedimento de execução (trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a defesa, sem prejuízo da aplicabilidade aos incidentes envolvendo presos cautelares, no que couber) e o ato final (extinção da punibilidade), na qual deve estar presente o contraditório e nele a participação do destinatário (possível afetado) dos provimentos, em simétrica paridade com o Estado-acusação, seja em incidentes, como o da apuração da falta grave, na concessão de benefícios ou seja, ainda, no ato que encerra o processo de execução penal.

Na esfera infraconstitucional, extrai-se do próprio texto da LEP a previsão de que a jurisdição será exercida no processo de execução pelos juízes e tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional (artigo 2º); a garantia aos condenados de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º); o estabelecimento da competência para a execução da pena a juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao juiz da sentença – e não da autoridade administrativa (artigo 65); e a adoção do procedimento judicial a ser desenvolvido perante o juízo da execução (artigos 194 a 197).

Tratando-se, assim, a execução penal como uma etapa integrante do próprio processo penal, mostram-se pertinentes determinadas críticas à lacônica e defeituosa procedimentalização estabelecida pela Lei de Execução Penal, especialmente nos artigos 118, I e § 2º, e 194 a 197, normas que visam regular o incidente de apuração de falta grave.

A primeira está na possibilidade de instauração, de ofício, do “procedimento judicial” pelo juiz de execução, o que, além de afrontar os princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade, demonstra sua condição de “superparte” na relação jurídica de um processo instrumentalista e de herança nitidamente inquisitória.²⁹ Pertinente a observação feita por Aury Lopes Jr. de que,

apesar de possuir uma matriz jurisdicional, a LEP peca pela inquisitorialidade do sistema concebido. E não há nenhuma dicotomia em afirmar a coexistência de jurisdicionalidade e inquisitorialidade, pois não há nenhuma vinculação entre sistemas históricos-processuais acusatório/inquisitório e o caráter jurisdicional ou administrativo da atividade desenvolvida.³⁰

Não se pode admitir que o próprio juiz, comunicado a respeito da suposta prática de falta grave pela autoridade administrativa (artigo 48, parágrafo único, da LEP), instaure, impulsione e julgue a suposta infração disciplinar, com os efeitos que repercutem na privação da liberdade do apenado, inclusive, de plano, em caso que entenda ser desnecessária a produção de provas (artigo 196, § 1º, da LEP). A própria denominação conferida a esse “procedimento”, “audiência de justificação”, já remete ao mais puro modelo inquisitivo, no qual se pressupõe a “verdade real” dos acontecimentos a partir da narrativa trazida no procedimento administrativo disciplinar e dá uma chance ao preso de justificar ou apresentar suas desculpas e pedidos de clemência³¹ por ter agido de maneira indisciplinar. Em outras palavras: não há efetiva reconstrução dos fatos com igualdade de oportunidade entre acusação (efetivamente levada a efeito feita pelo juiz!) e defesa, apenas simples formalização de hipótese pressuposta e aceita.

A quebra da imparcialidade é evidente. O acúmulo das funções de acusar e julgar, assim como a ativa participação do juiz na produção de provas, não podem ser tolerados no processo penal, tampouco na fase de execução penal e, especialmente nessa, na apuração da falta grave. Em se tratando da apuração de fatos sancionados com privação de liberdade,³² da adequação destes à conduta indisciplinar prevista em lei e da possível aplicação de sanções que atinjam até mesmo a liberdade do condenado, é inadmissível que as funções de acusar e julgar estejam nas mãos de um único sujeito. O

acúmulo desses papéis não se traduz em mecanismo de efetivação do modelo acusatório, muito menos da imparcialidade do julgador, nem da delimitação do arbítrio pela construção do provimento por meio do esforço argumentativo da acusação e defesa, em simétrica paridade.

A gravidade da situação e sua ilegitimidade desde o prisma democrático-constitucional por vezes passam despercebidas mesmo para autores que adotam um tom crítico ao estudar a execução penal, tal como Rodrigo Duque Estrada Roig, que propõe que

um novo procedimento deveria ser adotado no julgamento das faltas disciplinares, notadamente as graves. Assim posto, após a conclusão (tempestiva, sob pena de nulidade) do inquérito disciplinar, com a colheita probatória preliminar, os diretores remeteriam os procedimentos aos Juízos das Varas de Execuções Penais, para que estes, após a resposta preliminar do acusado, procedessem à análise da viabilidade da instauração do processo disciplinar.³³

Embora se concorde com a necessidade de um novo procedimento, adota-se posição oposta quanto àquela que parece ser a proposta do autor em relação à iniciativa para tal procedimento.

Quando o próprio magistrado toma a iniciativa de provocar sua própria jurisdição para apuração da falta grave por ele determinada, a atuação do Ministério Público torna-se despicienda, cabendo-lhe, quando muito, interpor recursos contra as decisões proferidas pelo juízo de execução. Entretanto, os artigos 67 e 68 da LEP determinam taxativamente as atribuições do Ministério Público, incluindo nessas o dever de fiscalizar a execução da pena, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução e tomando todas as providências necessárias ao seu desenvolvimento. Dentre essas providências, entende-se estar incluída a de postular a apuração da falta grave.

Há, ainda, uma importância extra para que o Ministério Público assuma a iniciativa da execução, em vez de tratar-se de mera passagem do PAD pelo juiz antes da resposta para o acusado, como parece propor Rodrigo Roig: a atuação do Ministério Público no âmbito do incidente de falta grave implica que ele deve formalizar a acusação no incidente de apuração da falta grave. O passo é importantíssimo para a delimitação dos fatos em juízo. Ao

contrário, nas situações em que a acusação fica a cargo do próprio juiz, há naturalmente um grau de incerteza maior, uma vez que não é possível aduzir sempre e com clareza quais são os fatos que serão discutidos no juízo da execução penal. Como exemplos dessa falta de certeza em relação aos termos da acusação quando esta fica a cargo do julgador, não se necessita nem mesmo retornar ao exemplo histórico da Inquisição, basta verificar o dia a dia da execução penal e como as delimitações factuais são por diversas vezes deixadas já para o momento da audiência de justificação.

É apenas a partir dos fatos concretamente delimitados que a defesa, pessoal e técnica, exercida aquela pelo próprio condenado em seu interrogatório (“justificação”), e esta por seu advogado ou defensor público, poderá operar em igualdade de condições com a acusação.

Para além da falta de previsão de uma acusação formal a cargo do Ministério Público, também não há, na LEP, maior detalhamento quanto a um momento para a defesa técnica se opor à acusação, tampouco quanto ao procedimento adotado (número de testemunhas, momento de requerimento e apresentação de provas periciais e documentais, prazos para realização das audiências, prazos e momentos para memoriais). A lacuna, grave, traz indiscutível insegurança jurídica, pois a defesa do condenado dependerá dos procedimentos adotados em cada juízo para saber como atuará. Ademais, eleva-se o nível de abertura ao arbítrio, pela falta de balizamentos legais que deem substância ao devido processo legal e materializem em seus dispositivos o contraditório e a ampla defesa.

Conclusão

Afinal, impõe-se lembrar o questionamento feito na introdução: a atual normatização da apuração de falta grave no âmbito da execução penal satisfaz as pretensões de legitimação democrática do poder postas na Constituição da República de 1988? A resposta a que se chega é, infelizmente, negativa.

Conclui-se que o juiz da execução penal, na perspectiva de um processo penal moldado pelo sistema acusatório, deveria atuar quando provocado pela acusação ou pela defesa, agindo legitimado pelo contraditório e em garantia da validade jurídico-constitucional dos atos da execução penal ao decidir em todos os incidentes, mormente naqueles que atinjam direitos

fundamentais ou agravem a situação jurídica do condenado. Nada disso é colocado claramente na atual legislação que rege a apuração da falta grave perante o juízo da execução penal.

Contudo, a interpretação constitucional da Lei de Execução Penal, em consonância com a legitimidade democrática exigida do processo penal inclusive nessa fase, impõe a prevalência da jurisdição de matriz acusatória, a partir da qual pode ser proposta a seguinte estrutura procedimental:

1. Instaurado o procedimento para apuração da falta disciplinar na unidade prisional e decidido pelo Conselho Disciplinar, ou órgão correspondente, que a infração se subsuma às hipóteses de natureza grave, caberá a comunicação e remessa de cópia da sindicância que, no processo de execução penal, assumiria o estado de peças informativas, as quais servirão de base para que Ministério Público analise a ocorrência e forme sua opinião.

2. Entendendo pela ocorrência de falta grave, cabe ao Ministério Público formalizar uma acusação e requerer a instauração do respectivo incidente.

3. Deverá o Ministério Público, também na inicial, delimitar os posteriores efeitos requeridos (v.g., regressão de regime, perda de dias remidos, revogação do livramento condicional etc.) e indicar os meios de prova que entender pertinentes, pois o ônus da comprovação da conduta indisciplinar é da acusação.

4. Aportando o pedido perante o juízo de execução penal, o magistrado deverá intimar o apenado pessoalmente e seu defensor constituído, caso tenha, ou remeter os autos à Defensoria Pública, a fim de que seja exercida a ampla defesa com o imprescindível elemento da defesa técnica, dando ao condenado a chance de impugnar os fatos e formular pleitos subsidiários (como desclassificação para outra falta de natureza mais branda), bem como de requerer a oitiva de testemunhas, a realização de provas periciais e a juntada de documentos, bem como de outras provas.

5. Em seguida, deverão ser tomadas as providências necessárias pelo juízo para o andamento do procedimento, devendo ser marcada e realizada uma audiência para instrução e julgamento. Nesse procedimento, ao juiz caberá garantir a ampla argumentação das partes em simétrica paridade, a qual permitirá, a todo tempo do incidente, o esforço comum na reconstrução dos fatos e na discussão da norma aplicável. Para tanto é necessário

efetivar-se a participação tanto da acusação quanto da defesa, um tempo processual suficiente para o exercício do direito à prova, bem como garantir que a oitiva do condenado seja vista como meio de defesa e não como oportunidade de confissão ou clemência.

6. Encerrada a instrução da falta disciplinar, o julgador deverá proferir decisão em audiência, construindo-a de acordo com os argumentos e provas sustentados por acusação e defesa, apresentando os fundamentos de acolhimento e rejeição das teses alegadas e, por fim, emitindo o provimento com os efeitos a serem suportados, assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição.

Entende-se que procedimento como o acima disposto deveria ser previsto expressamente na legislação, com suas fases e prazos, por força do devido processo legal e a fim de melhor garantir a segurança jurídica. Não obstante, em não havendo ainda tal disposição e tratando-se, como demonstrado, de clara lacuna na LEP, não se vê óbice em que esse procedimento seja desde já adotado pelos juízos de execução penal de todo Brasil. Como se viu, o arcabouço jurídico-constitucional, associado à agora explícita previsão de que o processo penal deve ter estrutura acusatória, ao reconhecimento de que a execução penal é uma fase do processo penal informada, à vedação à iniciativa do juiz e à previsão de que cabe ao Ministério Público velar pela execução da pena, trazem argumentos suficientes para que, desde já, os incidentes de apuração de falta grave não sejam levados “a toque de caixa”, sem acusação formal e por iniciativa do próprio órgão julgador.

Adote-se um procedimento adequado, ainda que em razão de lacuna legal. Trata-se, afinal, da validade e legitimidade democrática cobrada pela Constituição da República de 1988 para todo e qualquer exercício de poder, o que incluirá, por óbvio, as decisões atinentes às faltas graves na execução penal e suas potencialmente graves repercussões, inclusive sobre a liberdade dos cidadãos afetados. Ainda que a LEP seja incompleta, não se vislumbra espaço para decisões tomadas em desconformidade com a Constituição, pois significaria reconhecer a legitimidade da atuação do juízo da execução, interpretando a Constituição da República de 1988 à luz da Lei de Execução Penal, não o contrário.

Referências

BRASIL. Congresso Nacional. Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 01/07/1983.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1708448/RJ*. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em 07/06/2018, DJe 15/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Recurso Especial 1789422/RO*. Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgamento em 26/11/2019, DJe 10/12/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Câmara Criminal. *Agravo em Execução Penal n. 1.0702.14.010535-5/001*. Relatora Des.(a) Kárin Emmerich. Julgamento em 10/02/2015, publicação da súmula em 20/02/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara Criminal. *Agravo em Execução Penal n. 1.0693.13.003933-4/001*. Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Criminal. *Agravo de Execução Penal 0178400-90.2010.8.26.0000*. Relator Des. Tristão Ribeiro. Julgamento em 16/09/2010, registro em 23/09/2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, v. 48, n. 4, p. 1063-1111, dez. 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova: parecer. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, jun. 2012. DTR\2012\450207.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à lei de execução penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da Execução Penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de Execução Penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, António Brito. Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional. *O Direito*, ano 144º, n. 3, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Adhemar Raimundo. *Estudos de direito processual penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto de Ciências Penais e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor na Graduação da Faculdade Pitágoras – Unidade Antônio Carlos e de Pós-Graduação na Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Advogado sócio do escritório Felipe Martins Pinto Advogados.

** Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Instituto de Ciências Penais. Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

- 2 MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2-10.
- 3 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.
- 4 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.
- 5 NEVES, António Brito. Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional. *O Direito*, ano 144º, n. 3, 2012, p. 680.
- 6 NEVES, *op. cit.*, p. 677.
- 7 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127.
- 8 COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, v. 48, n. 4, p. 1063-1111, dez. 1994. p. 1081 (tradução livre).
- 9 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.
- 10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova: parecer. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 213-233, jun./2012. DTR\2012\450207.
- 11 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova: parecer. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 213-233, jun./2012. DTR\2012\450207.
- 12 Pertinente a crítica de Giamberardino, cuja aplicação coloca em xeque a legalidade da Resolução n. 742/2004 que aprovou o Regulamento Disciplinar Prisional do Estado de Minas Gerais (REDIPRI – MG): “[...] é problemático, à luz do princípio da reserva legal absoluta, admitir que disposições regulamentares tipifiquem faltas leves e médias, sendo recomendável fazê-lo por lei, ainda que estadual, sendo concorrente a competência para legislar sobre direito penitenciário (artigo 24, I, CF). O artigo 49 fala expressamente, ainda, em ‘legislação local’, excluindo atos normativos e infralegais” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 98).
- 13 Disponível em:
http://www.seguranca.mg.gov.br/images/seds_docs/legislacao/resolucao_742_04.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.
- 14 A despeito de se tratar de rol “taxativo”, a utilização de conceitos indeterminados permite o alargamento discricionário das hipóteses pelas autoridades penitenciárias e pela jurisprudência, por exemplo, a inserção da posse de chip ou carregador celular na falta grave prevista no artigo 50, VII, da LEP (cf. STJ, AgRg no REsp 1708448/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1720521&num_registro=201702859610&data=20180615&formato=HTML. Acesso em: 27 mar. 2020).
- 15 Infere-se tal incidente a partir da leitura do artigo 118, I, e § 2º, que estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, ou seja, com a alteração do regime para outro mais gravoso, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta

grave, devendo ser ele ouvido previamente, bem como dos artigos 194 a 197, os quais dispõem a respeito do procedimento judicial a ser observado.

- 16 Aquele que se encontra preso cautelarmente também pode praticar falta disciplinar, porém, não estando em cumprimento de pena, apenas sanções administrativas são aplicáveis, não surtindo qualquer efeito em eventual condenação.
- 17 Embora a prática de falta grave não interrompa o prazo para o livramento condicional, conforme enunciado da Súmula 441 do STJ, o cometimento da infração disciplinar impossibilita a concessão do benefício pelo não preenchimento do requisito subjetivo disposto no artigo 83, III, do CP.
- 18 A título exemplificativo desses desvios graves, há julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual a Corte Superior deu provimento ao recurso especial para cassar a decisão impugnada e determinar que outra fosse proferida, com a análise da autoria e da materialidade da falta grave e das alegações de mérito das partes, após o Tribunal de Justiça de Rondônia, confirmando decisão proferida pelo Juízo de Execuções Penais, negar provimento a agravo em execução penal interposto pela defesa, sob o argumento de que “a autoridade judiciária não poderá rever o mérito administrativo, uma vez que o poder disciplinar é reservado à autoridade administrativa (artigo 47 da LEP), incumbindo a ela apenas a verificação do exame formal de validação”. Confira-se a ementa do julgado: RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE INSTRUMENTO APTO A AGRESSÃO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE MÉRITO. AUTORIA, MATERIALIDADE E TIPICIDADE DA FALTA GRAVE. VIOLAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
1. Nos termos do artigo 66, inciso III, alínea f, da Lei de Execução Penal, compete ao Juízo das Execuções decidir sobre os incidentes da execução penal. Desse modo, a sua atribuição no procedimento de apuração de falta grave não se limita apenas ao exame das formalidades a serem observadas pelas instâncias administrativas, mas demanda que ele apresente fundamentação própria e expressa, ainda que sucintamente ou per relationem, acerca da ocorrência ou não da falta grave e de sua adequada tipificação legal.
 2. Não está a Autoridade Judicial vinculada às conclusões da instância administrativa, sendo-lhe possível reexaminar a integralidade do procedimento de apuração e, se assim o entender, decidir fundamentadamente pela inoccorrência da falta grave, pela ausência de adequação típica da conduta ou pela ausência de provas da autoria e da materialidade do fato, desde que, repita-se, faça-o de maneira fundamentada.
 3. Não pode a decisão judicial esquivar-se da análise das alegações de mérito das partes acerca da falta grave sob o argumento de que estaria limitada a um exame meramente formal do procedimento administrativo disciplinar.
 4. Recurso especial provido para cassar a decisão impugnada e determinar que outra seja proferida, com a análise da autoria e da materialidade da falta grave e das alegações de mérito das partes a esse respeito. (REsp n. 1789422/RO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 10/12/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1894385&num_registro=201803459864&data=20191210&formato=HTML. Acesso em: 28 mar. 2020).
- 19 No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, há julgado reconhecendo a ausência de quebra de parcialidade e a possibilidade de o Juiz de Execuções Penais instaurar, de ofício, o incidente de apuração da falta grave, nos termos do artigo 195 da LEP, ainda que haja manifestação do Ministério Pública contrária à apuração. Confira-se a respectiva ementa: EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PARECER MINISTERIAL OPINANDO CONTRA A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE – DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PELO JUIZ – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE – NÃO OBSERVADO – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Tendo a autoridade prisional noticiado ao Juízo da

Execução Penal a suposta prática de faltas graves pelo apenado, havendo nos autos elementos probatórios hábeis a justificar a instauração de incidente de apuração de falta grave, é dever do Magistrado proceder à devida apuração do ocorrido, mediante designação de audiência de justificação, e eventual aplicação das penalidades legalmente cominadas a tal evento. 2. A aplicação de sanção administrativa não impede o reconhecimento da falta grave e a aplicação de sanções de efeitos penais, vez que se trata de duas esferas completamente diferentes e autônomas. (TJMG, Agravo em Execução Penal n. 1.0702.14.010535-5/001, Relator(a): Des.(a) Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 10/02/2015, publicação da súmula em 20/02/2015. Disponível em:

- ²⁰ Nesse sentido, Adhemar Raimundo Silva ensinava que “cessada a atividade do Estado-jurisdição com a sentença final, começa a do Estado-administração com a Execução Penal” (SILVA, Adhemar Raimundo. *Estudos de direito processual penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957. p. 57-68).
- ²¹ “[...] não se nega que a Execução Penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estatais: o Judiciário e o Executivo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 7).
- ²² “3. Natureza jurídica da Execução Penal: cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. [...] O ponto de encontro entre as atividades judicial 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 pelo Executivo e sob sua responsabilidade. É certo que o juiz é corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no Estado, bem como os hospitais de custódia e tratamento” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 187).
- ²³ “A jurisdição não se desvincula, em definitivo, do processo a partir do dia da entrega de sua prestação. A sentença penal condenatória transcende, em verdade, à tarefa de concretização do poder punitivo estatal, e o cumprimento da pena continua a ser dirigido e controlado pelo Estado-Juiz. Bem por isso, a execução da pena privativa de liberdade não pode permanecer adstrita à esfera da administração penitenciária: deve ser necessariamente jurisdicionalizada. Ademais, o preso não é mero objeto de um procedimento administrativo: é sujeito de direitos frente ao Estado e, desta forma, não lhe pode ser negada a tutela jurisdicional se ocorrer alguma situação conflitual. [...] O ‘devido processo legal’ não é só exigível nos denominados ‘incidentes de execução’, mas também em relação à execução da pena privativa de liberdade, como um todo. O cumprimento da pena não é ‘algo estático e quieto’, mas uma atividade que dinamicamente se agrava ou se atenua. A tais vicissitudes não deve permanecer estranha a jurisdição” (FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 103).

24 CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 170-171.

25 Conforme se compreende da leitura dos itens 10 a 12 da Exposição de Motivos n. 213 da Lei de Execução Penal, de 9 de maio de 1983: “10. 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. 11. Seria, por outro lado, inviável a pretensão de confinar em diplomas herméticos todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por uma disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por dívida. A Constituição consagra ainda regras características da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantia do homem perante o Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais. 12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, evoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro de Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal” (BRASIL. Congresso Nacional. Exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 01/07/1983).

26 Nesse sentido, v.g., confira-se o seguinte acórdão: “FALTA GRAVE. Procedimento administrativo. Inexistência de acusação formal por parte do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Inaplicabilidade de conceitos de direito processual, tendo em vista a natureza administrativa da falta disciplinar. Representante do parquet que não é autor da imputação, que é feita pela autoridade sindicante. Procedimentos administrativos e decisões proferidas com observância de todas as garantias legais. Artigo 50, inciso I, da LEP. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Noção de ordem que carrega a manutenção do status de harmonia e obediência às regras dentro do presídio. Preso provisório. Sujeição às disposições contidas na Lei de Execução Penal (artigo 2º, parágrafo único). Faltas graves. Incitação a movimento para subversão da ordem e da disciplina e desrespeito a funcionário público. Conjunto probatório suficiente para a condenação. Interrupção do lapso temporal para progressão de regime prisional. Precedentes do STF e do STJ. Regressão de regime. Hipótese prevista no artigo 118, inciso I, da LEP. Necessidade, porém, de prévia ouvida da sentenciada pelo Juízo (artigo 118, § 2º, da LEP). Agravo defensivo improvido, afastada a arguição de nulidade, acolhido parcialmente o reclamo ministerial” (TJSP, Agravo de Execução Penal 0178400-90.2010.8.26.0000; Relator (a): Tristão Ribeiro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda – 2ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 16/09/2010; Data de Registro: 23/09/2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=4711274&cdForo=0>. Acesso em: 29 mar. 2020).

27 Essa herança inquisitiva também é notada nos artigos 105 e 147 da LEP, os quais legitimam a oficialidade do órgão jurisdicional, possibilitando que o juiz expeça guia de recolhimento para execução de pena privativa de liberdade ou, no caso de pena restritiva de direitos, que, de ofício, promova a execução. Esse cenário não se vê, por exemplo, na legislação italiana, vide artigo 666, item 1, do Código de Processo Penal da Itália: “1. Il giudice dell’esecuzione procede a richiesta del pubblico ministero, dell’interessato o del difensore” (Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/esecuzioni-attribuzioni-degli-organigiurisdizionali>. Acesso em: 29 mar. 2020); nem na legislação portuguesa, conforme artigo 469º do Código de Processo Penal de Portugal: “Compete ao Ministério Público promover a execução das

penas e das medidas de segurança e, bem assim, a execução por indenização e mais quantias devidas ao Estado ou a pessoas que lhe incumba representar judicialmente” (Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202003292353/73760049/diploma/indice>. Acesso em: 29 mar. 2020).

- [28](#) LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 372.
- [29](#) Nesse sentido, confira-se ementa e trecho de acórdão do TJMG: “AGRAVO EM EXECUÇÃO – FALTA GRAVE – RECONHECIMENTO – REEDUCANDO QUE NÃO RETORNA AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL E NÃO APRESENTA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL – REGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – RECURSO NÃO PROVIDO. Inexistindo justificativa plausível para o cometimento da falta grave, a regressão do regime de cumprimento de pena do reeducando é medida de rigor, a teor do artigo 118, I, da LEP. [...] Ressalto que, diante de explicação plausível e coerente, tenho deixado de reconhecer as faltas imputadas aos reeducandos; todavia, in casu, as justificativas apresentadas não merecem acolhida. Certo é que, o artigo 118, § 2º, da LEP prevê que nos casos do inciso I do mesmo artigo, ou seja, quando o apenado pratique fato definido como falta grave o que, in casu ocorreu, o condenado deverá ser ouvido previamente. Assim, pode-se concluir que tal imperativo determina ser necessário que sejam analisadas as condições em que a falta foi cometida, oportunizando ao acusado a chance de se explicar. Se o condenado tiver uma justificativa plausível para o cometimento da falta, o magistrado poderá perdoo-lo e deixar, se for o caso, de regredir o seu regime prisional. [...]” (TJMG – Agravo em Execução Penal n. 1.0693.13.003933-4/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0693.13.003933-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 29 mar. 2020).
- [30](#) Alguém duvidará que muitas regressões de regime são mais graves, em virtude do tempo de encarceramento que enceta, que boa parte das penas substitutivas e pecuniárias cotidianamente aplicadas?
- [31](#) ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 194.