

(In)dispensabilidade da fundamentação no PAD instaurado na execução penal

Reasoning (in)dispensability in the DAP (disciplinary administrative procedure) installed in the execution of criminal punishment

José Flávio Ferrari Roehrig

Resumo: O presente artigo evidencia posicionamentos divergentes das cortes superiores e da doutrina sobre o procedimento administrativo disciplinar instaurado no curso da execução penal, dentre eles a própria imprescindibilidade do procedimento. Conclui-se ser indispensável para a garantia de direitos individuais a fundamentação exaustiva pela Administração Penitenciária na decisão colegiada que sanciona o interno pela prática de falta disciplinar. A decisão colegiada deve ser clara na exposição dos fatos e dos seus fundamentos, de forma congruente com a prova produzida e conter as discussões suscitadas para a tomada da decisão, sob pena de incorrer em excesso de execução.

Palavras-chave: procedimento administrativo disciplinar; sanção disciplinar; fundamentação.

Não são raras as ocasiões em que presos condenados ou provisórios infringem ou são acusados por infrações às normas disciplinares no interior do estabelecimento prisional que os custodia. Essas infrações disciplinares abrangem tanto condutas mais insignificantes, como, por exemplo, não se apresentar ao diretor ou agente penitenciário com as vestes em ordem, até as mais graves, como, por exemplo, a incursão no crime de homicídio.

Diante da suspeita da prática de uma falta disciplinar, independentemente de sua natureza, se leve, média ou grave, instaura-se o procedimento administrativo disciplinar para a sua apuração, conforme regulamento próprio de cada Estado, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa ao interno, sendo imprescindível a defesa técnica, conforme preleciona o artigo 59 da Lei de Execução Penal e a Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.⁽¹⁾

Nesse caso, em que se discute a liberdade de ir e vir do cidadão,⁽²⁾ é inapropriada a utilização da Súmula Vinculante 5,⁽³⁾ que dispensa a defesa técnica por advogado ou defensor público, pois “esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível”.⁽⁴⁾ No mesmo sentido, o entendimento reafirmado nos autos da Reclamação 8830/SP.

O mencionado entendimento sumular, além de tornar imperiosa a defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar, doravante denominado PAD, também torna imprescindível a instauração de PAD para apurar a conduta do tutelado.

E não podia ser outro o entendimento, porque cuida-se de um mecanismo de controle que configura um limite ao poder disciplinar do Estado perante o recluso, em outras palavras, embora lhe seja atribuída tal competência, deverá respeitar o devido processo legal, não deixando brechas para a arbitrariedade.⁽⁵⁾ Há, em outro vértice, o posicionamento de que o procedimento decorrente da prática de uma infração disciplinar deva tramitar exclusivamente na via judicial,⁽⁶⁾ dispensando-se o procedimento administrativo. Vale anotar que o RE 972.598/RS, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, com repercussão geral reconhecida, submetido a julgamento ao plenário físico, mas ainda pendente, definiu, em sede de acórdão proferido pelo plenário eletrônico, que a judicialização do procedimento dispensa a instauração do PAD e supre qualquer vício decorrente do PAD, notadamente a ausência de defesa técnica.⁽⁷⁾

Não se ignora tal posicionamento, especialmente porque a judicialização do procedimento faz-se extremamente necessária a fim de garantir maior controle exercido pelo Poder Judiciário dos atos administrativos. Diga-se mais, espera-se que um dia o procedimento tramite exclusivamente no Judiciário, pois somente assim afastar-se-ia da origem inquisitória da execução penal e aproximar-se-ia da

Abstract: The present article shows superior court's and doctrine's divergent understanding about the disciplinary administrative procedure in the execution of criminal punishment, inclusively, the indispensability of that procedure. It concludes that it is indispensable for the guarantee individual rights the exhaustive reasoning by the Penitentiary Administration in the collegiate decision that sanctions the inmate for the practice of disciplinary offense. The collegiate decision must be clear in the statement of the facts and their legal grounds, consistent with the evidence produced and must contain the discussions raised for the decision, otherwise it may incur in excessive execution of criminal punishment.

Keywords: disciplinary administrative procedures; disciplinary punishment; reasoning.

necessária visão garantista, exercida por meio do sistema acusatório, conforme já afirmou-se outrora.⁽⁸⁾

Apesar dessa visão acima pontuada ser a mais adequada, ao menos na visão deste que subscreve, a atual redação da Lei de Execução Penal de forma objetiva impõe a realização do procedimento administrativo disciplinar, tanto é que se cuida de entendimento sumular (533) do STJ e, mais recentemente, no HC459.330/PR do STJ, que decidiu pela necessidade de procedimento administrativo disciplinar também nos casos de violação das condições da monitoração eletrônica, não suprimindo sua falta a realização de audiência de justificação. Ou seja, entre as cortes superiores não há consenso sobre a dispensabilidade do PAD quando ocorre a judicialização do procedimento. Essa dissonância, além de gerar instabilidade e insegurança jurídica, leva à visão que reputo ser mais adequada, de que tanto o PAD se faz necessário, observando-se a necessária formalidade, especialmente a fundamentação, quanto a judicialização do procedimento.

À luz da jurisprudência do STJ, a mencionada judicialização, externada por meio da audiência de justificação, prevista no artigo 118, § 2º, da Lei 7.210/84, somente é imprescindível quando ocorre a regressão de regime prisional⁽⁹⁾ ou inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, ou seja, no sentido contrário, caso o tutelado já esteja cumprindo pena em regime fechado e seja sancionado em um PAD por falta grave, sem inclusão no RDD, dispensa-se a realização da audiência de justificação perante o juiz da execução penal.

Sendo assim, nem todas as faltas graves apuradas no âmbito administrativo passarão também pelo contraditório da audiência de justificação, mas tão somente aquelas que conduzirem à regressão de regime (art. 118, I, da LEP) ou inclusão no RDD. Nos casos em que se dispensa a realização da audiência, o juiz receberá a comunicação do conselho administrativo disciplinar e, após contraditório escrito, irá decidir pela homologação ou não da sanção. Vale anotar que o controle realizado pelo Poder Judiciário não pode incidir sobre o mérito do ato administrativo, mas tão somente de constitucionalidade e legalidade.⁽¹⁰⁾

Diante dessa realidade, surge a necessidade de maior formalidade e atenção à necessária fundamentação no PAD, ora defendida neste trabalho. A Lei de Execução Penal dispõe ser indispensável a motivação da decisão administrativa proferida, consoante parágrafo único do artigo 59,⁽¹¹⁾ exigência que proporciona melhor controle jurisdicional sobre a atuação administrativa,⁽¹²⁾ além de conferir ao interno o direito de apontar os erros contidos na decisão e deles recorrer ao órgão administrativo superior. Esse preceito deve ser respeitado tanto para as decisões provisórias de isolamento preventivo, por exemplo, quanto para as ocasiões em que o tutelado é sancionado pela prática de falta grave.⁽¹³⁾

Há ainda quem defenda a aplicação subsidiária da Lei dos Procedimentos Administrativos Disciplinares, por entender que “[n]ão há razão para não aplicação dos princípios e diretrizes da Lei 9.874/99”,⁽¹⁴⁾ devendo-se, desse modo, observar os preceitos dos artigos 2º⁽¹⁵⁾ e 50⁽¹⁶⁾ da mencionada Lei. Certo é que nem todos os dispositivos devem ser observados e aplicados, sobretudo porque lida-se, na execução penal, com a liberdade individual, mas acertadamente pontuou o doutrinador quanto à necessária observância de alguns princípios e diretrizes quando garantirem a ampla defesa, o contraditório e a indispensável formalidade do procedimento.

No âmbito administrativo é igualmente assegurado ao sentenciado ser presumidamente inocente do ato ou infração que lhe é imputado;⁽¹⁷⁾ consequentemente, para apontá-lo como autor de uma infração disciplinar, a decisão deve ser clara na exposição dos fatos e fundamentos, congruente, exata, com a prova produzida e suficiente,⁽¹⁸⁾ cf. art. 50, §1º, da Lei 9.784/99, conduzindo à conclusão lógica da existência de provas da materialidade e autoria, não podendo deixar dúvidas sobre sua participação.

Não basta que o acórdão proferido pelo conselho disciplinar descreva a conduta que é imputada, sua previsão legal e a sanção respectiva, é necessário narrar como o colegiado chegou a tal consenso (§3º, do art. 50 da Lei do PAD), ponderando-se os argumentos trazidos pela chefia de segurança do estabelecimento prisional, os fatos e suas circunstâncias, a versão dos envolvidos, a defesa do interno (autodefesa e defesa técnica) e os requisitos do artigo 57 da Lei 7.210/84.

Imperioso destacar que a judicialização do procedimento disciplinar, *per se*, não torna dispensável a fundamentação administrativa. Nesse sentido o STJ, no HC 347.562/RS, evidenciou ser imprescindível a instauração de procedimento administrativo para apurar a infração disciplinar, mesmo quando o procedimento é realizado em juízo⁽¹⁹⁾, ou seja, se a judicialização de todo o procedimento não supre sua falta, a decisão judicial fundamentada não isenta a administração penitenciária de motivar seus atos, sob pena inclusive de ofensa à tripartição dos poderes.

A decisão proferida pelo juiz da execução penal ao receber o procedimento administrativo disciplinar e dispensar a realização da audiência de justificação, não pode acrescentar fatos e fundamentos jurídicos além daqueles delimitados no ato. Deverá analisar se foram cumpridas as normas legais e as garantias constitucionais, e se a fundamentação apresentada respeitou os requisitos de integridade, coerência lógica e correspondência com os dados processuais, que são exigidos para as próprias decisões judiciais,⁽²⁰⁾ restringindo-se à homologação ou não do procedimento. Esse procedimento somente é possível quando o PAD está suficientemente fundamentado.

Sobre essa perspectiva, a decisão de homologação ou não da falta grave deverá analisar o PAD sob a ótica da legalidade e constitucionalidade, não podendo adentrar no mérito dos fatos, sob pena de usurpar a função administrativa conferida pelo artigo 47 da Lei de Execução Penal.

Destarte, notável que essa decisão administrativa pode acarretar efeitos na execução penal do sentenciado, dentre eles a regressão de regime (art. 118, inciso I, da LEP), a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime (Súmula 534, do STJ),⁽²¹⁾ a perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos (art. 127, da LEP) e a vedação à concessão de indulto e comutação de penas, medidas estas que contribuem para a manutenção do cidadão no cárcere, mostrando-se indispensável sua suficiente motivação.

Além do mais, partindo da assertiva de que o juiz da execução penal não pode acrescentar ou modificar os fatos narrados no acórdão do conselho disciplinar que apurou a falta grave, não resta outra alternativa senão, diante da ausência de fundamentação ou até mesmo da fundamentação insuficiente, não homologar a sanção por falta grave e determinar a cassação da sanção aplicada ao interno submetido à pena imposta dentro do cárcere, sob pena de incorrer em excesso de execução nos termos do artigo 185 da LEP.

Notas

- (1) “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”.

- (2) ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 284.
- (3) “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.
- (4) RE 398269, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, STF, julgado em 15/12/2009, DJe-035. Divulg. 25-02-2010, P. 26/02/2010.
- (5) NUNES, Adeildo. *Comentários à lei de execução penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 120.
- (6) SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 311-312; e MORAES, Márcia Elayne Berlich; TORELLY, Marcelo Dalmás. Disciplina, direito e poder: os processos administrativos disciplinares e suas violações de direitos como estratégias de biopoder na Penitenciária feminina Madre Pelletier. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 5, n. 1, p. 129-159, jan./dez. 2006.
- (7) Já há crítica a respeito da tese: “é perigosamente aberta e pode estimular um isolamento e fechamento ainda maior das unidades prisionais e seus sistemas disciplinares, além de fulminar o contraditório no âmbito dos procedimentos administrativos disciplinares”. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à lei de execução penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 114.
- (8) LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. In: CARVALHO, op. cit.
- (9) HC 478.649/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, STJ, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019.
- (10) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1051.
- (11) Lei 7.210/84, art. 59, parágrafo único: A decisão será motivada.
- (12) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 1. ed. E-book baseado na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 238.
- (13) ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 280.
- (14) GIAMBERARDINO, op. cit., p. 113.
- (15) “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.
- (16) “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.
- (17) ROIG, op. cit., p. 82.
- (18) MOREIRA, Rafael Martins Costa. A motivação das decisões administrativas. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: http://www.revistadoudtrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Rafael_Moreira.html. Acesso em: 3 abr. 2019.
- (19) No mesmo sentido os AgRg no HC 342.617/RS e AgRg no AREsp 708.127/RO.
- (20) GOMES FILHO, op. cit., p. 238.
- (21) “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

José Flávio Ferrari Roehrig

Bacharel em Direito pela PUCPR.

Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS.

Assessor de Juiz de Direito de 1º grau do TJPR.

ORCID: 0000-0002-6593-9014

joseflavioferrari@gmail.com

Recebido em: 04/04/2019

Aprovado em: 15/06/2019

Versão final: 11/07/2019