

PAULO ROBERTO BRAVO JUNIOR

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PREVISTO
NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL:
A garantia do direito de defesa

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Orientador: Lásaro Moreira da Silva

BRASÍLIA
2010

“Só se pode alcançar um grande êxito quando nos mantemos fiéis a nós mesmos”. Friedrich Nietzsche

Dedico este trabalho aos meus pais pela compreensão e suporte nesse início de caminho que começo a trilhar na carreira profissional. Sem eles nada seria possível. Dedico também aos amigos, por entenderem os momentos de minha ausência.

Agradecimentos ao diretor Celso Wagner Lima, ao vice-diretor André Marcondes Varella e ao chefe do Núcleo de Disciplina Flávio Nilo da Penitenciária do Distrito Federal, pela oportunidade.

RESUMO

O presente trabalho analisa, com base na doutrina e jurisprudência, juntamente com os princípios constitucionais do contraditório e, principalmente da ampla defesa, como é realizado o procedimento administrativo disciplinar previsto no art. 59 da Lei de Execução Penal. O objetivo da pesquisa é verificar se o direito a ampla defesa concedido ao interno-infrator do Presídio do Distrito Federal está sendo observado no procedimento de apuração de falta disciplinar. Tem como objetivos específicos verificar a existência de defesa, técnica ou não, analisar como a defesa é exercida e sugerir possíveis modificações no procedimento disciplinar visando à asseguuração do direito de defesa e a melhoria do instituto. Estudo este realizado na Penitenciária do Distrito Federal localizada na rodovia DF 465, Km 02, Complexo Penitenciário da Papuda.

Palavras-chave: Procedimento disciplinar. Lei de Execução Penal. Sistema Penitenciário. Ampla defesa.

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO	7
1 O PROCEDIMENTO DISCIPLINAR	9
1.1 Natureza do procedimento disciplinar	9
1.2 O exercício do direito de defesa em processos administrativos <i>lato sensu</i>	11
2 PRINCÍPIOS ATINENTES A EXECUÇÃO PENAL E AO PROCESSO ADMINISTRATIVO	18
2.1 Breves considerações	18
2.2 Princípio da legalidade	19
2.3 Princípio do devido processo legal	20
2.5 Princípio da ampla defesa	24
3 ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR NO PDF	28
3.1 A regulamentação no Distrito Federal e a aplicação no Presídio do Distrito Federal	28
3.2 Estudo de caso	32
3.3 Análise do exercício do direito de defesa	39
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Com a latente preocupação com o sistema penitenciário brasileiro, busca-se com a pesquisa, analisar no âmbito do sistema penitenciário do Distrito Federal, como e até que ponto é assegurado o direito de defesa do condenado que é submetido ao procedimento disciplinar previsto no art. 59 da Lei de Execução Penal, que busca a apuração das faltas disciplinares e a correta aplicação das medidas disciplinares impostas pela Lei de Execução Penal.

O foco da pesquisa é averiguar se o direito de defesa do apenado está sendo observado no procedimento que apura infrações disciplinares e como o referido estabelecimento penal do Distrito Federal trabalha na forma de cumprir o previsto na legislação.

Questiona-se, em uma primeira análise, se o direito a ampla defesa é observado e em segunda análise como tal direito é exercido dentro da Penitenciária do Distrito Federal localizada na rodovia DF 465, Km 02, Complexo Penitenciário da Papuda.

No presente estudo será também abordada a relação que este procedimento previsto na Lei de Execução Penal tem com os procedimentos administrativos de infração disciplinar no âmbito da Administração Pública. Para isso será abordada no primeiro capítulo a natureza administrativa do procedimento, como é exercido o direito de defesa nos procedimentos administrativos *lato sensu*.

No segundo capítulo serão também abordados os princípios que regem o processo administrativo e que tem direta relação com a execução da pena: o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, no terceiro e último capítulo o estudo analisará qual é a regulamentação no Distrito Federal e como é aplicado no Presídio do Distrito Federal. Para

tanto é feito um estudo de caso analisando um procedimento iniciado e finalizado durante o ano de 2009. O caso será exposto e estudado conjuntamente com a doutrina e jurisprudência a fim de concluir se há o exercício da ampla defesa, e como este direito é exercido.

O presente estudo concluirá tendo como premissa as 3 (três) hipóteses que podem ser aferidas. A primeira hipótese seria afirmar que o direito de defesa é observado em sua plenitude, não sendo necessária nenhuma observação, nem um reparo ou sugestão por parte do pesquisador ou de qualquer outro que o caiba, incumbindo somente relatar como tal direito é exercido. A segunda hipótese seria a constatação que o direito de defesa não está sendo observado, gerando assim prejuízo para o infrator. Essa suposição faz com que o pesquisador formule possíveis soluções para que tal direito seja exercido dentro da penitenciária, sejam elas normativas ou práticas. A terceira hipótese seria a constatação de que o direito de defesa está sendo observado, mas este não é exercido em sua plenitude. Nessa hipótese o pesquisador analisará e irá formular possíveis sugestões para que a ampla defesa seja melhorada e se torne plena.

Utilizando como método de pesquisa o estudo de caso do tipo dedutivo, a pesquisa será realizada analisando-se alguns procedimentos administrativos de apuração de ocorrência disciplinar disponíveis no Núcleo de Disciplina do Presídio do Distrito Federal. Analisando alguns procedimentos foi escolhido um para o estudo devido a maior complexidade que o referido procedimento tem, visto que este apura falta grave (no caso cometimento de crime dentro do estabelecimento penal) e por consequência a defesa técnica tem mais questões de fato e de direito para abordar.

1 O PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Nesse capítulo será analisada a natureza do procedimento administrativo previsto no art. 59 da Lei de Execução Penal, se é de natureza administrativa ou deve ser considerado de natureza judicial. Também será estudado o exercício do direito de defesa em processos administrativos *lato sensu*, como esse direito deve ser exercido dentro da esfera administrativa.

1.1 Natureza do procedimento disciplinar

Na esfera de discussão sobre processo e procedimento encontra-se o procedimento administrativo previsto no art. 59¹ da Lei de Execução Penal (LEP). Para ter semelhança com processo judicial, este procedimento deveria constituir a relação entre juiz e as partes conflitantes.

De acordo com José Cretella Júnior:

Processo designa entidade que, em natureza, ontologicamente, nada difere da que for procedimento, podendo-se, quando muito, quantitativamente, empregar aquele para mostrar o conjunto de todos os atos, e este para designar cada um desses atos: processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo.²

Há natureza de cunho administrativo, pois o ato que dá dinâmica ao procedimento disciplinar é emanado de autoridade administrativa, o diretor do estabelecimento penal. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo seria “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior a lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”³.

Sobre a diferença da nomenclatura de “processo” ou “procedimento” administrativo Edimir Netto Araújo afirma:

1 Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 565.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

(...) não atribui maior importância à distinção entre ‘processo’ e ‘procedimento’, e, após examinar o tema, deu a sua posição no sentido de que, no “campo específico do ilícito administrativo e seu processo, e em sentido estrito, preferimos denominar processo aquele procedimento que prevê, em sua estrutura, o diálogo manifestado pelo contraditório, que é a bilateralidade de audiência, ou a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de impugná-los. Por sua vez, seriam procedimentos as formalizações de passos escalados em seqüência lógica, em direção ao objetivo formal (‘produto’ formal, ‘provimento’ formal) visado, sem a previsão do contraditório na respectiva estrutura.”⁴

O juiz da Vara de Execuções Penais exerce poder jurisdicional sobre o Sistema Penitenciário e por conseqüência tais procedimentos disciplinares são submetidos a esse juízo. Portanto, não pode existir punição oriunda de procedimento disciplinar que não assegure os princípios constitucionais relativos. Essa afirmação respalda ainda mais a natureza administrativa deste procedimento. Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro “(...) pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário”⁵.

A natureza de direito administrativo de tal procedimento não acarreta prejuízos ao apenado/infrator, visto que, segundo Odete Medauar:

O processo administrativo representa garantia de direitos ou direito instrumental quanto ao indivíduo (...). Além do mais, associa-se à concepção de Estado democrático de direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão.⁶

A adoção de normas de direito administrativo nesse procedimento visa resguardar o direito do apenado-infrator de exercer sua defesa, dentro dos mais amplos poderes que a si, como pessoa, ainda que sofrendo as conseqüências da sentença penal, lhe seja garantido como assim afirma Edmir Netto Araújo:

O ordenamento coloca à disposição da Administração meios ‘mais formais’ e ‘menos formais’ para a apuração do ilícito administrativo, cuja utilização se relaciona diretamente com a gravidade da falta e da correspondente penalidade. Esses meios devem ser utilizados, garantindo-se a ampla defesa

⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 127.

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 206.

⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.160.

ao indiciado, pois ‘ninguém pode ser condenado sem ser ouvido’, sem que lhe seja proporcionada oportunidade de defesa.⁷

A criação desses meios serve para que sejam garantidos os preceitos da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, consagrados na Constituição Federal de 1988.

1.2 O exercício do direito de defesa em processos administrativos *lato sensu*

Com a promulgação da Carta Política de 1988, foi assegurado expressamente em seu artigo 5º, inciso LV o direito a ampla defesa no processo administrativo, do qual o procedimento previsto no art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) é espécie. Cabe então a administração pública assegurar esse direito de forma efetiva, visto que a não obtenção de ampla defesa ou seu cerceamento enseja a nulidade do processo. Segundo Léo da Silva Alves, a ampla defesa é exercida mediante três outros direitos que lhe são inerentes: a) direito de informação; b) direito de manifestação; c) direito de ter as razões consideradas.

A defesa, como já vimos, é garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo (art. 5º, LV), e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas a testemunhas e a observância do devido processo legal (*due process of law*). É princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação nem restrições na sua aplicação. Processo administrativo sem oportunidade de ampla defesa ou com defesa cerceada é nulo.⁸

O autor ainda comenta o direito comparado e em especial a doutrina alemã, vislumbra-se a existência de mais alguns direitos correlatos ao direito de defesa:

- a) o direito de informação total sobre atos e andamento do processo;
- b) o direito de manifestação no processo, por petição escrita ou oralmente;
- c) o direito de ver suas razões consideradas. A Comissão pode não acatar as razões da defesa, mas não considerá-las, motivadamente, enseja a nulidade do processo.⁹

⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 288.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Com isto é de esperar que o direito de defesa seja assegurado em todas as fases do processo administrativo, com todos os meios que sejam necessários. De acordo com Romeu Felipe Bacellar, o direito de defesa no processo administrativo compreende:

- a) o direito de ser ouvido, ou seja, oportunidade de se expressar e de que os atos processuais tenham todos, portanto, a inspiração do princípio da publicidade;
- b) o direito de oferecer e de produzir provas, antes da decisão e ao controle das provas produzidas pela Administração;
- c) o direito a uma decisão fundada, ou seja, motivada por autoridade competente.¹⁰

Ademais, depois da Constituição de 1988, não resta dúvida que o exercício da defesa se faça em todas as fases, sendo exercido em conjunto com a garantia do contraditório, diferentemente do que preceituava a Constituição de 1967.

Ainda, de acordo com Álvaro Lazzarini:

Deve o acusado em geral ter oportunidade à ampla defesa que, como cerne de todo procedimento administrativo de natureza disciplinar, encerra o inafastável, 'Direito de Defesa', de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, para poder rebatê-la, produzindo prova pertinente, no contraditório instaurado.¹¹

Para asseguar o direito de defesa no processo administrativo, a pessoa deverá estar de paridade com a Administração, tendo o direito ao acesso integral à acusação, fundamentação, provas, de modo a possibilitar a efetiva participação. A decisão da Comissão não pode ser tomada sem que antes sejam debatidos todos os elementos que ensejaram a investigação. Para isso na oitiva de testemunhas, o acusado poderá se apresentar ou dispor de procurador. No interrogatório deverá necessariamente estar presente, visto que é ato personalíssimo, podendo inclusive ser acompanhado por advogado, para que este coíba as possíveis ilegalidades e zele pela regularidade dos atos e pela fidelidade dos registros.

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

¹¹ LAZZARINI, Álvaro. **Do procedimento administrativo**. Revista de direito administrativo. Vol. 212, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998, p. 76.

Todavia, sabe-se que o interrogatório é mais do que meio de prova, é meio de defesa. Segundo Léo da Silva Alves, o interrogatório é ato em que o acusado:

- a) esclarece a sua identidade;
- b) narra as circunstâncias do fato;
- c) apresenta motivos para destruir a acusação e as provas.¹²

Busca-se a verdade material, que por meio da avaliação das provas e de sua transparência e transposição no processo, visto que é com ele que a Comissão e a autoridade deverão tomar a decisão que ensejará a continuidade dos atos. Deve-se atentar para a verossimilhança dos fatos narrados, para se pautar de forma afirmada sobre as diversas versões do ato investigado.

Na fase da defesa escrita, deve se atacar os aspectos formais nas preliminares, principalmente os relativos às formalidades essenciais, e os aspectos relativos à competência, adentrando-se no mérito da questão, sem deixar de serem atacadas as possíveis causas de suspeição e impedimento. Deve ser observada a questão relativa à prescrição. Observa-se que nesse momento é que deve ser assegurado o direito a toda e qualquer prova que possa beneficiar o acusado, sendo cabível o pedido de diligências, se houver necessidade.

Segundo o autor Cláudio Roza “nunca deve ser esquecida a circunstância de que a desobediência aos princípios é causa de nulidade processual”.¹³ Deve-se sempre observar os princípios essenciais presentes no diploma legal brasileiro oriundo de um sistema democrático de Direito.

A defesa escrita tanto poderá ser feita pela própria pessoa como pode ser feita por pessoa técnica, advogado constituído. É indisponível o direito de defesa, visto que não apresentada a defesa no prazo previsto deverá ser constituído defensor dativo, que poderá ser um servidor, preferencialmente bacharel em direito.

¹² ALVES, Léo da Silva. **Questões relevantes do processo administrativo disciplinar**. Parte I. Apostila. Brasília: CEBRAD, 1998.

¹³ ROZA, Claudio. **Processo administrativo disciplinar & ampla defesa**, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, pag. 114. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

Comentando as conseqüências da garantia da ampla defesa, Dinorá Adelaide Musetti Grotti ressalta a importância do caráter prévio da defesa, a sua anterioridade com relação ao ato decisório, o direito à revisibilidade, recorrendo da decisão desfavorável e o direito à informação total, vinculado ao princípio da publicidade e da motivação pela administração pública, citando que alguns ordenamentos exigem que haja nos textos de notificação ou publicação a indicação dos recursos cabíveis as autoridades perante quem se pode recorrer e os respectivos prazos.¹⁴

A relação do direito de defesa do processo administrativo disciplinar de servidor público com o procedimento administrativo disciplinar de infração disciplinar dentro dos estabelecimentos penais deve ser analisada de forma restrita. Com toda certeza há um grau de relação um com o outro, mas o procedimento das penitenciárias se encontra em uma situação a parte. Esse procedimento julga pessoas já excluídas da sociedade por meio de uma sentença penal condenatória, aquele há a presunção de inocência do funcionário e em sua grande maioria apura somente ilícitos civis.

A decisão do processo administrativo visa punir de forma exemplar o funcionário que cometeu um ilícito administrativo ou civil, sendo a demissão de cargo público a maior pena imposta. Já no procedimento de âmbito penitenciário visa também punir de forma exemplar o infrator, mas no caso é o preso infrator que afronta a legislação penitenciária, sendo que a punição é cumprida no chamado “isolamento”, onde o apenado fica segregado do convívio com a massa carcerária por determinado tempo.

As sanções disciplinares dos internos dos estabelecimentos penais devem ser aplicadas com base em um procedimento administrativo de apuração, ou seja, tão logo o interno cometa a infração o procedimento deve ser instaurado. A Lei de Execução Penal diz que o procedimento pode ser oral ou escrito, e cabem os estados, municípios ou mesmo o regimento interno do estabelecimento penal delimitar o rito do procedimento. Como leciona Mirabete:

A lei prevê também que a aplicação da sanção disciplinar deve obedecer ao procedimento adequado para sua apuração, conforme o regulamento. Trata-se da institucionalização do princípio da garantia jurisdicional, ou seja, de se prever o procedimento de acordo com normas jurídicas escritas. Cabe à lei

¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo**. BDA – Boletim de direito administrativo, jan. 99, p. 32-35.

local ou ao regulamento da prisão prever o devido processamento, podendo estabelecer ritos diversos quanto à natureza da falta ou das sanções aplicáveis ao fato¹⁵.

De acordo com a jurisprudência no procedimento devem ser observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sobretudo no tocante à produção de provas, dada as sérias conseqüências que possam advir ao *status libertatis* do condenado.

O autor ainda diz:

Em todas as hipóteses, é evidentemente necessário que o condenado deva ser previamente cientificado da infração que lhe é atribuída para que possa preparar sua defesa e, ao menos no caso da apuração de faltas graves, que se utilize, se assim o desejar, da assistência jurídica do estabelecimento, ou mesmo de procurador legalmente habilitado. Só assim se estará possibilitando realmente o direito de defesa. A inexistência de defesa técnica, porém, não acarreta nulidade do procedimento disciplinar.¹⁶

Como sustenta Julio Fabbrini Mirabete, não ocorre nulidade do procedimento administrativo quando a defesa não é técnica, deixando claro que há nulidade do procedimento quando não há defesa alguma. Visto que a defesa deve ser observada, não importando se técnica ou não, portanto pode o interno usar da assessoria jurídica dos estabelecimentos penais ou no caso de houver tal possibilidade, ser designado funcionário para fazer tal defesa.

Se ao condenado não for dada a oportunidade de defesa em sindicância administrativa instaurada para apuração de falta grave, nula é a decisão proferida pelo Juiz que, com fundamento em procedimento administrativo violador dos princípios do contraditório e da ampla defesa, cancela a remição da pena. O autor suscita de maneira correta a hipótese de o interno ser prejudicado pela falta de defesa, sendo, portanto nulo o procedimento administrativo da execução penal, se não for observado o direito de defesa

Procurando na jurisprudência a respeito da observância ou não de defesa técnica há posições antagônicas:

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**; 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 162.

¹⁶ *Ibidem*, p. 163.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Falta grave. Alegação de nulidade da sindicância por violação ao contraditório (...). Desnecessidade. Contraditório, no procedimento administrativo, que não se reveste das mesmas formalidades que há em processo judicial. Súmula Vinculante nº 05. Falta grave. Perda do período já adquirido para a obtenção de progressão de regime. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Analogia *in malam partem*. Perda de dias remidos. Súmula Vinculante nº 09. Recurso provido em parte.¹⁷

AGRAVO EM EXECUÇÃO - Procedimento disciplinar - Apuração da falta grave - Nulidade Afastamento - Ausência da defesa técnica - Não demonstração de prejuízo ao agravado. Observação dos princípios da ampla defesa e devido processo legal - Súmula Vinculante nº 05 do Colendo Supremo Tribunal Federal - Preliminar rejeitada. Falta grave configurada - Medida imposta a todos os presos da cela em que houve escavação de túnel para fuga. - Inadmissibilidade - Incerta a autoria e participação do agravante e dos demais recolhidos - Sentença reformada para absolvê-lo da imputação - Agravo provido.¹⁸

Jurisprudência a favor de ser necessária a defesa técnica feita por pessoa devidamente habilitada:

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO DECISO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO AO FECHADO, SEM A OITIVA DO APENADO, EM RAZÃO DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR GRAVE. (...) O processo de execução criminal possui duplo aspecto, administrativo e jurisdicional e, se está jurisdicionalizado, deve desenvolver-se nos liames do processo penal de conhecimento, com observância do devido processo legal, na acepção fiel de sua expressão, vale dizer, com a garantia inarredável do contraditório e da ampla defesa, esta última que se aperfeiçoa com o exercício da autodefesa e da defesa técnica. Está assente na doutrina e na jurisprudência pátria a obrigatoriedade da intervenção da defesa no procedimento desenvolvido perante o juízo executor, toda vez que estiver em análise a possibilidade de alteração do título executório, mormente quando isso importar em restrição da liberdade ambulatoria do apenado, como in casu. (...) Nesta senda, uma vez inobservados os princípios do contraditório e da ampla defesa, clarividente se nos afigura o constrangimento ilegal suportado pelo paciente. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, para desconstituir do deciso opugnado, garantido o exercício da ampla defesa do paciente, sem prejuízo que nova decisão seja proferida motivadamente e com observância do devido processo legal.¹⁹

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo em execução n. 990.09.251769-4. Relator: Desembargador Marco Nahum. *Diário da Justiça eletrônico*, São Paulo, 08 mar. 2010.

¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo em execução n. 990.09.145351-0. Relator: Desembargador Marcos Rodrigues Alves Nogueira, *Diário da Justiça eletrônico*, São Paulo, 24 out. 2010.

¹⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 0022082-74.2010.8.19. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, *Diário da Justiça eletrônico*, Rio de Janeiro, 04 ago. 2010.

De acordo com Mirabete, o interno deve ser cientificado da infração que lhe é atribuída e que pelo menos nas faltas graves ele tenha assistência, se desejar, do apoio jurídico do estabelecimento em que se encontra e se puder de assistência de advogado constituído.

Assiste razão ao autor quando afirma que a defesa técnica deva existir na apuração de falta grave, e também com a posição de que nas demais faltas à defesa possa ser feita pela assessoria do presídio em que se encontra. Porém não pode faltar a defesa, pois tal fato iria contra o preceito legal do artigo 59 da Lei de Execução Penal: “Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa” e ainda contra a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV.

Portanto, deve ser assegurada a defesa do apenado, seja feita pela assessoria jurídica do estabelecimento penal ou, no caso de faltas graves, de assistência jurídica especializada, sendo assim o não oferecimento de defesa enseja a nulidade do procedimento administrativo.

2 PRINCÍPIOS ATINENTES A EXECUÇÃO PENAL E AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Nas páginas seguintes o presente estudo demonstra a correlação que os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa tem com a execução penal e o processo administrativo. Busca-se na doutrina e jurisprudência explicar a importância em observar estes princípios em todas as fases do procedimento.

2.1 Breves considerações

Para ingressar no tema proposto nesta pesquisa acadêmica é necessário esclarecer sobre alguns princípios que regem o processo administrativo disciplinar e também devem ter a sua correspondência no procedimento disciplinar previsto na Lei de Execução Penal.

A observância de princípios é extremamente necessária visto que eles “constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas”²⁰. Na lacuna de leis, os princípios são aplicados como forma de preenchê-las. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.²¹

Como forma de integrar as normas, há a correspondência dos princípios de direito administrativo referentes ao processo disciplinar aos princípios aplicados no procedimento disciplinar previsto na LEP. Há de observar, porém, que nem todos os princípios do processo administrativo disciplinar devem ser levados em consideração no procedimento em estudo, visto que a relação entre as partes não é a mesma. Acrescenta Eduardo Cambi:

O processo administrativo disciplinar tem por finalidade apurar as ações ou omissões de funcionários, ocorridas no seio da Administração Pública, desde

²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46

²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545.

que essas condutas sejam consideradas ilícitas e acarretem a aplicação de penas disciplinares.²²

No procedimento administrativo previsto na LEP, como explicado anteriormente, se atenta somente na apuração de transgressões disciplinares no âmbito carcerário e a possível aplicação de medida coercitiva para tanto.

Ao observar os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa a Administração Penitenciária estará assegurando direitos constitucionais aos retidos no sistema penitenciário, pois na realidade nem sempre existiram direitos como diz Heleno Fragoso:

(...) é antiga a idéia de que os presos não têm direito algum. O condenado é maldito (*sacer esto*) e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que o despoja de toda proteção do ordenamento jurídico que ousou violar. O criminoso é execrável e infame, servo da pena, perde a paz e está fora do direito. O outlaw no antigo direito inglês podia ser morto por qualquer pessoa, pois, como se dizia nos próprios textos, 'pode ser morto meritoriamente sem a proteção da lei, o que não quer viver conforme a lei'. No direito primitivo impunha-se ao delinqüente a pena de expulsão do grupo (que virtualmente significava a morte).²³

Decorrido o tempo essa não é mais a realidade em que se encontra a situação dos presos. A seguir passa-se a exposição de princípios que são aplicados ao procedimento disciplinar previsto no artigo 59 da LEP, que visam assegurar as garantias constitucionais relativas a tal.

2.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está expresso na Lei de Execução Penal em seus artigos 2º e 3º determinando que a execução penal seja exercida de conformidade com o Código de Processo Penal e a própria LEP e que ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Esse enunciado legal nada mais é do que uma consequência imediata do que preceitua a Lei Maior em seu artigo 5º, inciso II, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Assim sendo, não poderia o procedimento disciplinar furtar-se da aplicação desse princípio. Como leciona Sídio Rosa de Mesquita Júnior:

²² CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. **Processo Administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo. São Paulo, v. 31, n. 131, p. 58-82, jan. 2006.

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

A autoridade administrativa deverá agir atendendo aos princípios do Direito Administrativo. Assim, o dever de atender ao princípio da legalidade não é unicamente do Juiz, mas também do agente da Administração Pública envolvido com a execução penal.²⁴

Por esse motivo é mais do que necessário para a aplicação correta da infração disciplinar que esta seja precedida de um procedimento que esteja seu rito regulamentado por lei, como é o caso do Distrito Federal por meio do RIEPE. A respeito Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração só pode fazer aquilo que a lei permite. O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, vinculado aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode desviar ou afastar, sob pena de, conforme o caso, praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal.²⁵

Como esclarecido no item 2.1 do presente estudo, o Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais (RIEPE) disciplina a matéria relativa ao procedimento disciplinar ora estudado no Capítulo XII, Seção III – Da aplicação das sanções e Seção IV – Do procedimento disciplinar, artigos 95 aos 117.

2.3 Princípio do devido processo legal

Sabe-se que, sendo o processo de natureza jurisdicional ou administrativa não pode fugir ao princípio do devido processo legal pela subjugação ao princípio da legalidade. Segundo Nelson Nery Junior:

O devido processo legal tutela os bens da vida no seu aspecto mais genérico, vida, liberdade, propriedade, nas suas vertentes de incidência no âmbito do direito material e no âmbito do direito processual. O próprio direito administrativo, ao subjugar-se ao princípio da legalidade, manifesta a cláusula do devido processo legal no seu aspecto substancial.²⁶

Ainda, não se pode fugir a necessidade de aplicação desse princípio toda sorte de processo administrativo, sendo assim aplicado ao procedimento disciplinar dentro dos estabelecimentos penais. Não deve ser admissível que um procedimento que tem como finalidade aplicação de medida administrativa disciplinar ao preso, que já está devidamente

²⁴ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

em posição inferior à pessoa comum, que não seja respeitado esse princípio, ou mesmo que este seja mitigado. Nesse turno assim diz Ada Pellegrini:

Os princípios constitucionais de probidade processual aplicam-se sempre que o indivíduo possa sofrer uma perda quanto à vida, à liberdade ou à propriedade, independentemente da natureza do órgão perante o qual a *deprivation* deva concretamente efetivar-se. (...) Conseqüentemente, a cláusula é requisito de constitucionalidade no tocante a qualquer procedimento (mesmo administrativo, tributário ou arbitral) pelo qual possa ocorrer a perda de direitos individuais constitucionalmente garantidos²⁷.

Cabe observar que tal princípio não visa somente exigir a instauração de determinado procedimento regulado por lei. Esse princípio visa garantir que os indivíduos que poderão ser afetados pelo ato administrativo tenham como exercer todos os direitos dentro do procedimento, visando assim se resguardar de um possível abuso de poder pela Administração Pública. Assim leciona Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo:

O devido processo legal visa impedir arbitrariedade da Administração pública através da concessão de certas garantias processuais, como o direito à ampla defesa e ao contraditório, o direito à publicidade dos atos praticados no curso do processo, o direito à motivação, o direito ao duplo grau de jurisdição administrativa, o direito à impessoalidade, o direito a decisões razoáveis e proporcionais e o direito à segurança jurídica.²⁸

Na grande maioria das execuções penais o apenado é submetido ao cerceamento de sua liberdade, sendo que deve dentro do estabelecimento penal manter o comportamento disciplinado e o cumprimento fiel da sentença, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, urbanidade e respeito no trato com os demais condenados, conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas, submissão à sanção disciplinar imposta. Para isso deve dentro de qualquer procedimento disciplinar de natureza administrativa ser assegurado o princípio do contraditório, como assim preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV (aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes).

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

²⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coordenação). **Curso prático de direito administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Esse princípio se confunde com o próprio Estado de Direito, visto que se instaura dentro da própria instituição permitindo aos cidadãos que exerçam e protejam seus direitos. Assim diz Valdir Sznick:

O devido processo legal é um processo estruturado cientificamente, de maneira razoável, com formas acertadas à finalidade processual de apurar a verdade, evitando qualquer infração ao mesmo, preservando, de um lado, o direito (*rule of law*) e, de outro, as garantias individuais. Para muitos, o devido processo é um princípio geral de direito, que tem uma força na ausência de outro texto.²⁹

A aplicação desse princípio enseja conseqüências processuais, como a do *favor rei*, pois havendo dúvida ou existindo uma violação a decretação da nulidade processual é a medida cabida. É uma garantia genérica por que visa à garantia de um processo devidamente estabelecido antes que uma pessoa cometa um ato ilícito.

Em nosso ordenamento jurídico, mas especificamente no processo administrativo, esse princípio será sempre seguido visto que as autoridades administrativas estão sempre submetidas à lei.

Sempre que as autoridades administrativas transbordem o limite da finalidade traçada no ordenamento jurídico, embora se esteja diante de atos emanados no exercício de faculdades discricionárias, terá a administração invadido a esfera da ilegalidade, fazendo surgir, em conseqüência, direito subjetivo em favor dos administrados, com objetivo de obterem perante o Judiciário a invalidação daqueles atos.³⁰

Ainda, tal princípio está intimamente ligado à legalidade:

Nunca é demais observar que a legalidade dos atos administrativos identifica-se com a ação *secundum legem*, ou seja, de conformidade com os dispositivos legais e constitucionais: só o que é permitido pela lei pode ser abrangido pela área administrativa. Há desse modo, um controle e limite ao poder de polícia, dentro da razoabilidade da lei.³¹

Havendo violação de norma constitucional por qualquer autoridade administrativa nasce a possibilidade de ser levado ao poder judiciário para que este anule os atos advindos de tal abuso. No caso do procedimento estudado, não seria necessário que esse

²⁹ SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu, 2002.

³⁰ SZNICK, Valdir. *Apud* LEITE, Luciano Ferreira. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 72.

³¹ *Ibidem*, p. 75.

tipo de abuso seja levado ao poder judiciário, visto que é o próprio judiciário que por meio da Vara de Execução Penal tem como função analisar todo procedimento administrativo disciplinar que seja instaurado e que resulte em punição ao interno.

2.4 Princípio do contraditório

Princípio expressamente previsto em nossa Carta Política em seu artigo 5º, inciso LV. De acordo com esse princípio é necessário que em todo procedimento administrativo seja observada a produção de provas pelo acusado, como meio legítimo de sua defesa. Assim define Gabriel Dezen Junior:

É o poder que tem cada parte no processo de resistir ao que pretende a outra parte, ou seja, de resistir à pretensão do outro, de discordar e de trazer suas razões aos autos. Ou, na definição de Nelson Nery Junior, é, de um lado a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.³²

A aplicação desse princípio é ligada intimamente com a aplicação do princípio da ampla defesa, visto que a produção de provas tem como principal objetivo defender-se. Pondera Celso Ribeiro Bastos, tentando estabelecer a relação entre estes dois princípios, que “a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”.³³ Cabe salientar que um procedimento sem contraditório toda sanção disciplinar é nula, sendo necessário o fiel cumprimento desse mandamento legal. Assim diz José Armando da Costa:

(...) o contraditório é o princípio vestibular e pressuposto da ampla defesa, embora distinga-se desta por ser mais abrangente, haja vista que em sua compreensão aconchegam-se tanto as investidas apuratórias das comissões de processo disciplinar quanto os esforços defensórios empreendidos pelos acusados ou por seus patronos legalmente constituídos.³⁴

O princípio do contraditório de acordo com a doutrina é dividido, em síntese, em dois elementos: o direito a informação e o direito a reação, devendo ser feito de imediato

³² JUNIOR, Gabriel Dezen. **Curso Completo de Direito Constitucional – Vol. I**. 10 ed. Brasília: Vestcon, 2006.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁴ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

para que sejam assegurados de forma plena.³⁵ Entendendo a dimensão que a não aplicação desse princípio tem “deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.³⁶

2.5 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa é direito indisponível de qualquer pessoa em um Estado de Direito, atingindo todas as classes sociais, não importando se esta pessoa está reclusa em um estabelecimento penal ou está em uma alta classe social. Dentro do procedimento disciplinar deve ser observada a ampla defesa, visto que um processo seja de natureza judicial ou administrativa, que não possibilita ao réu/infrator oportunidade de se defender é completamente nulo. Assim diz Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi:

A Constituição Federal de 1988 não garante a existência de qualquer processo administrativo, mas de um processo com contraditório e ampla defesa, incluindo os meios e recursos a ela inerentes. Logo, sem contraditório e ampla defesa não há processo administrativo, pois essas garantias integram o seu conceito. (...)

Assim, para todo ato processual o litigante ou o acusado no processo administrativo deve ser comunicado tendo a possibilidade de reagir, dentro de um prazo razoável a ser-lhe conferido. Ademais, ao se defender, tem de lhe ser oportunizado todos os instrumentos capazes de influir no órgão julgador de que tem razão; é, por isso, que se fala em ‘ampla defesa’.³⁷

Previsto em nosso ordenamento jurídico de forma expressa na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, a garantia da ampla defesa desdobra-se em três planos: i) no plano jurisdicional, onde são reconhecidas para o processo penal e para o não-penal. ii) no plano das acusações em geral, em que a garantia abrange as pessoas objeto de acusação; iii) no processo administrativo, sempre que haja litigantes.³⁸

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal ampla defesa contém o direito de informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos

³⁵ LESSA, Sebastião José. **O devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório na esfera disciplinar**. Fórum Administrativo – Direito Público FA. Belo Horizonte, ano 6, n. 68, p. 7957-7961, out. 2006.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos A; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

³⁷ CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. **Processo Administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo. São Paulo, v. 31, n. 131, p. 74, jan. 2006.

³⁸ CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. **Processo Administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo. São Paulo, v. 31, n. 131, p. 95, jan. 2006.

atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação, que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.³⁹

Segundo Vicente Paulo:

Por ampla defesa, entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender devido, para evitar sua auto-incriminação.⁴⁰

Ainda sobre o assunto:

Daí porque o direito de defesa do imputado, constituindo uma força componente do equilíbrio equacional que busca a verdade real dos fatos, é igualmente interesse do Estado, que, embora seja mediato, é irrenunciável e indisponível.⁴¹

Também há de ressaltar a defesa técnica e a autodefesa como meio de garantia da plenitude de defesa visada pelo legislador. A defesa técnica é indispensável por norma constitucional, visto que no art. 133 da Constituição Federal o advogado é considerado indispensável à administração da Justiça. A primeira é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz.⁴²

A autodefesa é um direito assegurado a qualquer pessoa que seja submetida a uma acusação. Assim diz Ada Pellegrini:

Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo

³⁹ MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 158.

⁴⁰ Ibidem, p. 157.

⁴¹ LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**: doutrina, jurisprudência e prática. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 134.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.⁴³

Não há, portanto, conseqüência mais lógica do que a anulação de todo o procedimento em que não esteja assegurado o direito de defesa do apenado, e a conseguinte anulação de todos os efeitos que possam gerar esse procedimento durante a execução penal. Deste modo concluiu o extinto Tribunal de Alçada Criminal do estado de São Paulo:

O procedimento para apuração de falta grave, praticada pelo condenado, deve obedecer ao mandamento constitucional do direito à ampla defesa, sob pena de ser declarada a nulidade e ter de se repetir todos os atos tidos como viciados.⁴⁴

No que se refere ao procedimento em estudo, há autores de discordam do procedimento realizado dentro do estabelecimento penal, alegando que na maioria dessas instalações não há estrutura que comporte uma defesa técnica.

Noticiada nos autos da execução criminal a prática de falta grave, cumpre ao juiz competente designar data para a oitiva do executado, intimando-se-o para o necessário comparecimento. Embora assegurado o direito ao silêncio constitucional, será essa a oportunidade de o condenado justificar-se perante aquele que irá discutir sobre os reflexos de seu comportamento nos destinos do processo executivo. Da audiência de justificação também será cientificado o representante do ministério público, que deverá pronunciar-se nos autos após a sua realização, antes da decisão do juízo.

O procedimento acima indicado não pode ser substituído pela simples valoração da sindicância realizada pela direção do estabelecimento prisional visando a apuração da falta.⁴⁵

Com a devida licença, o procedimento feito nos moldes constitucionais garantindo a defesa técnica e a autodefesa do apenado-infrator, com seu rito devidamente regulado não pode ser desconsiderado de forma tão veemente. Deve sim analisar a situação de cada estabelecimento penal e as medidas que são tomadas dentro destes. Não se pode generalizar e afirmar que todos os procedimentos devam ser anulados.

A respeito Supremo Tribunal Federal diz:

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

⁴⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. *Habeas Corpus* n. 286.928/7. Relator: Juiz Eduardo Goulart, j. em 15-2-1996, v.u., RJTACrimSP, 30/332.

⁴⁵ MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227 e 228.

HABEAS CORPUS. Execução Penal. Falta disciplinar. Apuração mediante procedimento administrativo disciplinar. Art. 59 da Lei de Execução Penal. Ampla defesa e contraditório. Inobservância. Nulidade absoluta. Ordem concedida. I. É assegurado o contraditório e a ampla defesa no procedimento administrativo destinado à apuração de falta disciplinar. II. A ausência de intimação da defesa para se manifestar previamente à aplicação de penalidade disciplinar viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, ocasionando a nulidade absoluta de todos os atos subseqüentes. III. Ordem concedida.⁴⁶

De todo certo se deve anular todo procedimento que não for respeitado o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, isto é, se o réu for julgado, administrativamente, sem que lhe seja nomeado um defensor.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93073 RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 06mar. 2009.

⁴⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Agravo em Execução n. 836.143/5. Relator: juiz Nicolino Del Sasso, j. em 19-1-1994, v. u., RJDTCrimSP, 21/47.

3 ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR NO PDF

Neste capítulo será explicado como o procedimento em questão é feito dentro do Sistema Penitenciário do Distrito Federal, como é o rito e como é regulamentado. Em seguida será um estudo de caso e analisado como o exercício de defesa é exercido.

3.1 A regulamentação no Distrito Federal e a aplicação no Presídio do Distrito Federal

O Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Distrito Federal (RIEP) datado de 11 de janeiro de 1988, instituído pela portaria nº 001 de mesma data pela Secretária de Segurança Pública do Distrito Federal adota os princípios contidos nas Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos e recomendações pertinentes formuladas pela Organização das Nações Unidas, e tenta aplicar o previsto na Lei de Execuções Penais.

No que concerne ao procedimento disciplinar de infrações penais é previsto no Capítulo XII, Seção III – Da aplicação das sanções e Seção IV – Do procedimento disciplinar, artigos 95 aos 117.

A Seção III aborda como serão aplicadas as sanções disciplinares (art. 96)⁴⁸, indica como competente para a aplicação da sanção o Diretor do estabelecimento, ouvido o Conselho Disciplinar (art. 97)⁴⁹. Ainda elenca as circunstâncias que atenuam e agravam a sanção (art. 99 e 100 respectivamente).

No tocante ao rito administrativo do procedimento disciplinar está elencado na Seção IV. O RIEPE traz um rito a ser seguido, sendo este adaptado pelos Núcleos de Disciplina dos estabelecimentos penais do Distrito Federal, pela justificativa lógica da defasagem de atualização do Regimento e pelas peculiaridades que cada estabelecimento tem.

No Presídio do Distrito Federal (PDF) o trâmite é realizado da seguinte forma: o procedimento se inicia com o relato da ocorrência disciplinar feito pelo adjunto (chefe da equipe de plantão) no chamado “livro do adjunto” (é um relatório das atividades realizadas durante o plantão de cada equipe). A partir desse relatório é gerada uma ocorrência

⁴⁸ Art. 96 – As sanções disciplinares na própria cela ou em cela especial de isolamento não ultrapassarão o prazo de trinta dias, para cada falta cometida.

⁴⁹ Art. 97 – Compete ao Diretor do estabelecimento, ouvido o Conselho Disciplinar, aplicar as sanções disciplinares.

para o Diretor do presídio e este por sua vez elabora um despacho, determinando ao Núcleo de Disciplina (NUDIS) que sejam tomadas as providências necessárias.

Art. 106 – Cometida a infração, deverá o preso ser conduzido ao Chefe de Vigilância interna para a lavratura da ocorrência.

No NUDIS é decidido se haverá ou não procedimento administrativo de infração disciplinar. Cabe observar que existe a possibilidade de o interno ser imediatamente conduzido ao isolamento preventivamente se o seu comportamento for considerado grave afronta às normas disciplinares conforme autorizado pelo artigo 107 do RIEPE.

Art. 107 – O Chefe de Vigilância interna deverá, tendo em vista a gravidade da falta, adotar as providências preliminares que o caso requeira, e, sendo necessário, determinará o isolamento preventivo do preso.

Art. 108 – O Chefe de vigilância interna comunicará, imediatamente, a ocorrência ao Diretor do estabelecimento, a fim de que este mantenha ou revogue as providências inicialmente tomadas.

O Chefe do Núcleo de Disciplina, Presidente do Conselho Disciplinar, conforme dispõe o artigo 139⁵⁰ do RIEPE, analisará a ocorrência e ao recebê-la poderá, desde logo, solicitar o arquivamento, se constatar que o fato não constitui infração disciplinar prevista nos artigos 50 a 52 da Lei de Execução Penal e nos artigos 118 a 120 do Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Distrito Federal. Decidido por haver o procedimento, este é aberto por meio de uma portaria.

Art. 110 – O Conselho Disciplinar realizará as diligências indispensáveis à precisa elucidação do fato, velando pelo direito de defesa do infrator.

Logo em seguida são feitas as oitivas dos envolvidos. A oitiva do funcionário é feita de forma escrita de próprio punho em um relatório de ocorrência. Esse relatório foi desenvolvido pelo NUDIS do PDF para dar maior celeridade ao procedimento. Em seguida é feita a oitiva do interno infrator.

Art. 114 – Admitir-se-á como prova todo elemento de informação que o Conselho Disciplinar entender necessário ao esclarecimento do fato.

⁵⁰ Art. 139 – O Conselho será presidido pelo representante Seção de Disciplina, designado pelo Diretor do estabelecimento, e reunir-se-á tantas vezes quantas necessárias para deliberar sobre as tarefas a seu cargo.

Depois de juntado ao procedimento as oitivas das partes, este é levado para a defesa do interno. Essa etapa do procedimento será abordada com maior profundidade no decorrer do estudo.

Após a juntada aos autos da peça de defesa é nomeado um relator (funcionário do NUDIS) que tem a função de ordenar e relatar de maneira lógica os fatos. Em seguida o procedimento é levado a julgamento pelo Conselho Disciplinar. Esse Conselho é composto por um servidor da Gerência de Atendimento ao Interno (GEAIT), um servidor da Assessoria Jurídica (AJ), um servidor lotado no Núcleo de Vigilância (NUVIG), um servidor lotado no Núcleo de Arquivos (NUARQ) e um servidor do Núcleo de Disciplina (que preside o Conselho). Em seguida é realizada a votação, sendo três possíveis caminhos a serem seguidos: absolvição, condenação e arquivamento.

Art. 111 – Concluído o inquérito disciplinar, o Conselho o remeterá, com o seu parecer, no prazo máximo de 24 horas, ao Diretor do estabelecimento para julgamento.

Art. 112 – No parecer de que trata o artigo anterior, o Conselho opinará quanto a culpabilidade do interno e propondrá ao Diretor do estabelecimento a punição que entender cabível.

Após a juntada da decisão o procedimento é encaminhado ao Diretor do presídio que elabora uma Ordem de Serviço concordando ou não com a medida tomada. Cabe observar que o Diretor não está vinculado à decisão do Conselho, podendo acatar ou não a condenação/absolvição e até mesmo em caso de condenação diminuir ou aumentar o *quantum* da pena imposta (os dias de isolamento).

Ao concluir todo o procedimento disciplinar, o Chefe do Núcleo de Disciplina encaminha uma cópia ao Juiz da Vara de Execução Penal para ciência e mediante o qual está legitimado para alegar qualquer nulidade ou ilegalidade do procedimento, uma vez que compete ao Juiz da Execução zelar pelo correto cumprimento da pena, consoante disposição do artigo 66, VI⁵¹ da Lei de Execução Penal.

Art. 116 – Somente após tornar-se definitivo será o ato punitivo anotado no prontuário do preso.

⁵¹ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

Consta ainda no Regimento a possibilidade de reconsideração do ato punitivo no caso de não ter sido unânime o parecer do Conselho Disciplinar que levou a condenação do ato punitivo e também ter sido o ato punitivo aplicado em desacordo o parecer do Conselho.

Art. 115 – O interno poderá solicitar reconsideração do ato punitivo, no prazo de 08 (oito) dias úteis contados daquele em que a decisão seja comunicada ao preso, quando:

I – não tiver sido unânime o parecer do Conselho Disciplinar em que se fundamentou o ato punitivo; e

II – o ato punitivo tiver sido aplicado em desacordo com o parecer do Conselho.

Parágrafo único – O pedido de reconsideração não pode ser reiterado.

O interno-infrator poderá também requerer a revisão da punição, mediante o exposto no art. 117 do Regimento.

Art. 117 – Em qualquer época, o preso poderá requerer a revisão da punição sofrida, desde que prove haver sido:

I – a decisão fundamentada em testemunha ou fato comprovadamente falso; e

II – aplicada a punição em desacordo com este Regimento.

Parágrafo único – O pedido de revisão só se admitirá se fundado em provas não apresentadas anteriormente.

De acordo com o Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário, que faz parte do Plano Diretor do Sistema Penitenciário, as Metas de número 05 e 07 elaboradas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) vinculado ao Ministério da Justiça, em que foram colhidas informações no período de outubro de 2007 a abril de 2008 foi realizado um breve levantamento a cerca da existência e atuação dos Conselhos Disciplinares e da existência de Estatutos e Regimentos Penitenciários. De acordo com esse relatório o Distrito Federal dispõe de Estatuto, conforme Decreto nº 27.970, de 23 de maio de 2007, que dispõe sobre a Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania – SJDHC, estabelecendo a Subsecretário do Sistema Penitenciário (Sesipe) como parte de sua estrutura administrativa e define suas competências e atribuições.

O Distrito Federal dispõe do Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais – RIEPE e de Normas e Ordens de serviço que são baixadas pelo Subsecretário do Sistema Penitenciário do DF. O RIEPE, editado pela Portaria nº 001, de 11 de janeiro de 1988 da Secretaria de Segurança Pública do DF, o qual sofreu alterações em 2001. E ainda diz que todos os estabelecimentos penais do Distrito Federal possuem Conselhos Disciplinares. Com base nesse levantamento é possível afirmar que há uma efetiva tentativa de aplicar a Lei de Execução Penal e a legislação penitenciária pertinente, visto o avanço em que se encontra a administração penitenciária desse ente da federação.⁵²

3.2 Estudo de caso

Para entender como é aplicado o direito de defesa do apenado no Presídio do Distrito Federal (PDF) foram analisados vários procedimentos dentro do Núcleo de Disciplina no qual o pesquisador destaca um para fazer este estudo de caso. Sabe-se que a análise de somente um procedimento não pode ser tomada como regra geral para os demais que são feitos pelo NUDIS, mas esse estudo se faz necessário para a demonstração de como o direito de defesa é exercido, visto que a diferença é mínima em relação aos demais.

Trata-se de procedimento instaurado por portaria pelo Chefe do Núcleo de Disciplina da Penitenciária do Distrito Federal que no uso de suas atribuições legais estabelecidas pelo artigo 54 da Lei de Execuções Penais e artigo 110 do Regimento Interno dos Estabelecimentos Prisionais do Distrito Federal determinando a apuração de falta disciplinar envolvendo os sentenciados Rafael Fulano, Melquior Ciclano, Pedro Malaquias⁵³ que para melhor elucidar o estudo serão transcritos trechos do procedimento.

Consta da ocorrência número 0001/2034 que os internos Rafael Fulano, Melquior Ciclano e Pedro Malaquias, foram encaminhados à 30ª Delegacia de Polícia, Instituto de Medicina Legal e posteriormente ao Hospital de Base por terem supostamente entrado em vias de fato. De acordo com art. 60 de LEP a autoridade administrativa poderá encaminhar os internos-infratores de forma preventiva ao isolamento disciplinar. Nessa norma há uma exceção relativa ao Regime Disciplinar Diferenciado, em que o interno-infrator

⁵² EXECUÇÃO PENAL, Plano Diretor. Metas 05 e 07. Maio, 2088. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. DEPEN. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2565B3B35976460E90DA50F35BD61402PTBRNN.htm>> Acesso em: 05 maio de 2010.

⁵³ Todos os nomes e números apresentados são fictícios.

somente poderá ser submetido a tal sanção se houver despacho de juiz competente. Dispositivo este não estabelecido ao isolamento disciplinar comum, sendo somente a discricionariedade do Diretor do Presídio, que levando em consideração a conduta e gravidade do ato decidirá de forma motivada se tal medida é necessária.

Logo após há despacho do Diretor do PDF que determina que sejam notificados a Vara de Execução Penal (VEP) e a Subsecretaria do Sistema Penitenciário (SESIPE), encaminhando-se cópia da ocorrência policial e informando que serão mantidos os internos Rafael Fulano, Melquior Cicrano e Pedro Malaquias no isolamento preventivo pelo período de 10 (dez) dias, tendo em vista que a prática de fato definido como crime doloso, constitui falta disciplinar de natureza grave, prevista no artigo 52, *caput*, da LEP. São encaminhadas cópias para a Gerência de Vigilância (GEVIG), Núcleo de Arquivos (NUARQ), Núcleo de Disciplina (NUDIS). Há também a notificação da Gerência de Atendimento ao Interno (GEAIT) para verificar se os internos necessitam de atendimento médico.

Em seguida há o documento que encaminha os apenados ao IML, prática comum nos estabelecimentos penais quando há saída de um interno que sofreu lesões corporais. Há também a cópia do flagrante oriunda da 30ª Delegacia de Polícia, São Sebastião, que narra o fato de maneira detalhada e segue o rito estabelecido pelo Código de Processo Penal no Capítulo II do Título IX acerca da lavratura de auto de prisão em flagrante.

Com relação ao procedimento realizado na Delegacia de Polícia, não há nada de importante a relatar, visto também que se trata de uma ocorrência rotineira. Importante é o fato de ser disponibilizada uma cópia do auto de flagrante dentro do procedimento disciplinar, sendo ela peça importante para uso da defesa. Como dito acima, segue-se o rito dos art. 301 seguintes do Código de Processo Penal sendo feito a oitiva do comunicante, das testemunhas da vítima e do autor dos fatos.

A seguir irei transcrever as declarações dos internos envolvidos para o estudo ficar mais bem situado. Essas declarações foram feitas em sala própria dentro do Presídio do Distrito Federal, sendo assistida por um escrivão *ad hoc* e um funcionário do NUDIS. No termo de declarações do interno Pedro Malaquias consta que:

Sabendo ler e escrever, atualmente recolhido no Bloco “X”, Ala “X”, cela X, desta PDF, informado sobre o seu direito constitucional de possuir um advogado e permanecer calado, alegou que não possui advogado. Indagado acerca dos fatos narrados na ocorrência nº 0001/2034-PDF, de livre e espontânea vontade, respondeu QUE: houve uma briga dentro da cela. QUE dois internos estavam brigando por discutirem quem iria dormir na cama. QUE não se envolveu na briga. QUE apenas tentou separar os reclusos que brigavam. QUE atendeu a solicitação do policial para que apartasse a briga. QUE foi conduzido para a 30ª DP como testemunha. QUE foi arrolado no presente I.D. equivocadamente. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado, encerro o presente que após lido ao declarante foi devidamente assinado.

Trecho do termo de declaração do interno Melquior Cicrano:

Sabendo ler e escrever, atualmente recolhido no Bloco “XX”, Ala “XX”, cela XX, desta PDF, informado sobre seu direito constitucional de possuir advogado e permanecer calado, alegou que não possui advogado. Indagado acerca dos fatos narrados na ocorrência nº 0001/2034-PDF, de livre e espontânea vontade, respondeu QUE: no dia do ocorrido, o Rafael Fulano “mandou” que ele “batesse na lata”, pedindo para mudar de ala; QUE disse para o Rafael Fulano que não iria sair; QUE logo após recebeu um chute na boca; QUE em nenhum momento revidou; QUE foi pedir socorro, lá na brisa, onde estavam os policiais; QUE Pedro Malaquias não brigou; QUE Pedro Malaquias só entrou para separar; QUE o Rafael Fulano ficou lhe provocando, devido os “caras” da galeria estar mandando ele sair da cela de um jeito ou de outro. Nada mais disse e nem foi perguntado, encerro o presente que após lido e achado de acordo será devidamente assinado.

Trecho do termo de declaração do interno Rafael Fulano:

Sabendo ler e escrever, atualmente recolhido no Bloco “XY”, Ala “XY”, cela XY, desta PDF, informado sobre seu direito constitucional de possuir advogado e permanecer calado, alegou que não possui advogado. Indagado acerca dos fatos narrados na ocorrência nº 0001/2034-PDF, de livre e espontânea vontade, respondeu QUE: o interno Melquior Cicrano foi transferido para sua cela e queria tomar a cama do declarante; QUE o declarante não deixou que o interno Melquior Cicrano tomasse sua cama; QUE o declarante apenas se defendeu das ofensas; QUE o interno Melquior Fulano lhe deu um tapa no rosto; QUE por este motivo entraram em luta corporal; QUE o declarante apenas se defendeu das ofensas; QUE o interno Pedro Malaquias apenas tentou separar a briga; QUE foi conduzido para a 30ª DP e após ao IML; QUE foi conduzido ao isolamento disciplinar onde permaneceu por 10 (dez) dias. Nada mais disse e nem foi perguntado, encerro o presente que após lido e achado de acordo será devidamente assinado.

Nota-se pelas transcrições acima que cada depoimento é feito de forma similar, senão idêntica. Há preocupação de informar ao interno-infrator sobre seus direitos

constitucionais e de ser assistido por advogado no procedimento. Não há muito que comentar a respeito de como é colhido o depoimento do interno-infrator no PDF, visto que na Lei de Execução Penal e no Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Distrito Federal não é descrito como deve ser feito tal procedimento. Busca-se na lei processual penal a orientação de como deve ser realizado o depoimento nesse tipo de procedimento, visto que tal lei assegura o direito de defesa da pessoa. De acordo com o artigo 185 do Código de Processo Penal, o acusado que comparecer a autoridade judiciária será qualificado e interrogado na presença de seu defensor. De maneira análoga deve o interno-infrator ser devidamente qualificado e cientificado de que poderá ser assistido por um advogado. De acordo com a posição deste trabalho, não é necessário ter no momento do depoimento sobre os fatos a presença de um advogado. Deve sim cientificar o interno-infrator da possibilidade dele requerer a presença de seu advogado, sendo então somente suspensa a oitiva se ele requerer a presença de seu advogado. Encontrada na jurisprudência posição semelhante:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. REINÍCIO DO PRAZO PARA OBTER O BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. No procedimento administrativo para apuração de falta grave, inexistente cerceamento de defesa pela ausência de defensor constituído à audiência promovida pelo Conselho Disciplinar, sobretudo quando o depoimento do apenado é acompanhado pela Assistência Jurídica do presídio e a Defensoria Pública oferece defesa escrita antes do reconhecimento da indisciplina pela administração penitenciária e da homologação da falta grave pelo Juízo das Execuções.

2. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição." Enunciado da Súmula Vinculante n.º 05 do Supremo Tribunal Federal.⁵⁴

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTAS DISCIPLINARES. NULIDADES APONTADAS. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES REGULARES.

1. A apuração de faltas disciplinares deve ser lastreada em procedimento no qual se obedeçam os princípios do contraditório e da ampla defesa, em face do que dispõem os arts. 5º incisos LV e LXIII, da Constituição da República, e 59 da Lei de Execução Penal.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 146326 RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 22 de mar. 2010.

2. No caso, com a prévia oitiva do Condenado, no procedimento que visava à apuração do cometimento de falta disciplinar, e com a sua assistência por defensor técnico, foram plenamente atendidos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Precedente.⁵⁵

Após a oitiva dos envolvidos segue despacho notificando a Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC para fazer a defesa técnica dos internos:

O chefe do Núcleo de Disciplina – NUDIS, da Penitenciária do Distrito Federal I, visando assegurar o direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, notifica a Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC, que o(s) sentenciado(s) Rafael Fulano, Melquior Cicrano e Pedro Malaquias, conforme ocorrência nº 0001/2034-PDF de X/X/XXXX, foi incurso(s) nas penas do Artigo 52, *caput*, da LEP, cuja infringência acarreta sanção disciplinar de 11 (onze) a 30 (trinta) dias de isolamento celular, para apresentar defesa no presente Inquérito Disciplinar. Solicito os bons empréstimos de V. S.^a no sentido de viabilizar a respectiva defesa no prazo máximo de 15 (quinze) dias, quando se tratar de um envolvido e prazo máximo de 20 (vinte) quando se tratar de dois ou mais envolvidos, a contar do recebimento, sob pena de prescrição, tendo em vista o disposto no Art. 52-D: prescreve a falta disciplinar, para o fim do art. 59 desta Lei, nos seguintes prazos: I – em 01 (um) ano, da falta grave; II – em 06 (seis) meses, da falta média; III – em 03 (três) meses, da falta leve; da Resolução nº 07 de agosto de 2004, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, bem como o disposto na Ordem de Serviço nº 078/2008-SESIPE, incisos VII e VIII.

Após é feita a defesa pela faculdade acima citada.

DA DEFESA

Não há que se falar em transgressão disciplinar com relação à conduta do interno Pedro Malaquias, conforme os Termos de Declarações e Comunicação de Ocorrência Policial fica evidenciado que o citado interno envolveu-se na briga por solicitação dos policiais com intuito de intervir os demais internos que brigavam, sendo equivocadamente arrolado no presente ID.

Quando os internos Melquior Cicrano e Rafael Fulano acusados por motivos não comprovados de praticarem fato previsto como doloso, agiram sob forte emoção sem intenção de causar lesões um ao outro.

Ademais, os internos já cumpriram sanção disciplinar por 10 (dez), não podendo suportar qualquer outra sanção.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 26860 RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 08 de mar. 2010.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer seja concedido aos internos, absolvição da reprimenda, razão pela qual pede-se o arquivamento do Inquérito Disciplinar em epígrafe.

A defesa é assinada por um estagiário e um advogado. O documento seguinte é o relatório que um funcionário do NUDIS faz acerca do que transcorreu no procedimento, opinando sobre as medidas que devem ser tomadas. Irei transcrever apenas o essencial.

Os sentenciados mencionados, (...) foram indiciados em razão de no dia X de X de XXXX, terem, supostamente entrado em vias de fato. Com tais condutas, que configuram transgressões de natureza grave, os referidos internos infringiram o art. 52, *caput*, da LEP, na modalidade do art. 129 do CPB, conforme notícia a Ocorrência nº 0001/2034-PDFI.

A defesa, em sua tese, requer sejam os internos absolvidos da presente acusação, ao aduzir que os fatos ocorreram de forma diversa aos narrados na ocorrência. Alega ser tais atitudes motivadas sob a influência de forte emoção. Nesse sentido trouxe parte do depoimento prestado pelos reclusos, e pleiteou a absolvição destes.

Analisando o conteúdo fático tornou-se evidente ser passível de punição somente o interno Rafael Fulano. Todo o conteúdo probatório o aponta como único autor da conduta faltosa. As informações levantadas guardam similitude com os depoimentos prestados, devendo o referido interno suportar punição por seu comportamento.

No tocante ao sentenciado Pedro Malaquias restou demonstrado que este apenas tentou conter as agressões que ocorriam, não merecendo ser punido por sua conduta.

Em relação ao interno Melquior Cicrano as investigações são conclusivas ao identificá-lo como vítima nos fatos, sendo injusto imputá-lo punição administrativa, já que apenas se defendeu das agressões.

Portanto, ficou demonstrado que o sentenciado Rafael Fulano agiu em desacordo com a Lei de Execução Penal, de julho de 1984 (...).

Destarte ficou constatado que o interno com tal atitude realmente praticou transgressão disciplinar, além de ter dado um péssimo exemplo para os demais detentos constantes do sistema prisional do DF.

Diante do exposto, sugiro que seja apenado o sentenciado Rafael Fulano com a sanção disciplinar de 15 (quinze) dias de isolamento celular com todas as restrições regimentais em vigor, por ter infringido o disposto no art. 52, *caput*, 1ª parte, da LEP, o que constitui falta de natureza grave. Deixo de

sugerir a regressão de regime para o mencionado recluso, tendo em vista este se encontrar cumprindo sua reprimenda em regime fechado.

Sugiro, ainda, absolvição de Melquior Cicrano e Pedro Malaquias, por serem vítima e contendor das agressões, respectivamente, não devendo suportar punições.

Há também documento que atesta a reunião dos membros do Conselho Disciplinar e que estes deliberaram acerca das possíveis punições dos envolvidos. Observa-se que o conteúdo é simples e pontual, não relatando debates a cerca do fato, há somente o registro da decisão do colegiado.

Na continuidade dos atos há um memorando que encaminha e cientifica o diretor do PDF sobre a decisão do Conselho Disciplinar e pede que o mesmo o julgue.

Por fim há uma ordem de serviço em que o diretor do PDF concorda e decide, de forma sucinta, com a decisão do Conselho de Disciplina e determina quanto tempo o interno-infrator deve ser recolhido ao isolamento.

O Diretor da Penitenciária do Distrito Federal, da Subsecretaria do Sistema Penitenciário, resolve:

I - Aplicar a sanção disciplinar de 15 (quinze) dias de isolamento celular, sem direito a receber visitas e uso do parlatório por igual período, ao sentenciado Rafael Fulano, por ter infringido o art. 52, *caput*, da LEP, e absolver Melquior Cicrano e Pedro Malaquias por suas condutas não merecerem punições.

II - Determino ao NUARQ/GEAIT que archive cópia desta Ordem de Serviço nos prontuários dos internos.

III – Dê-se ciência e cumpra-se.

Incumbe observar que nas peças principais que interessam aos internos-infratores e por conseqüência a defesa (depoimentos, decisões) estão devidamente assinadas por quem de direito, seja o ouvido em depoimento ou todos os envolvidos quando cientes da decisão.

3.3 Análise do exercício do direito de defesa

Como discorrido anteriormente para que a sanção da respectiva falta seja aplicada é necessária a instauração de procedimento disciplinar. Tal procedimento é previsto no artigo 59 da LEP em que é assegurado ao infrator o direito a ampla defesa. Neste ponto da pesquisa questiona-se, em uma primeira análise, se o direito a ampla defesa é observado e em segunda análise como tal direito é exercido dentro da Penitenciária do Distrito Federal.

De acordo com análise desses procedimentos pode-se chegar as seguintes conclusões: todo procedimento instaurado nesta Penitenciária proporciona o momento em que pode ser exercido o direito de defesa ao apenado; pode-se dizer que a maioria das defesas do apenado são técnicas, uma vez que são realizadas por estudantes universitários mediante convênio entre faculdade e o estabelecimento penal.

Ao apenado é dada oportunidade de exercer o direito de defesa durante todo o procedimento visto que há oportunidade de ser ouvido, de oferecer e de produzir provas e a decisão que encerra o procedimento é devidamente fundamentada e realizada por meio de um colegiado.

Durante o procedimento é feita a oitiva do interno-infrator. Nesta oitiva raramente o interno é acompanhado de advogado ou de pessoa que irá defendê-lo, sendo que são assegurados os direitos constitucionais de permanecer calado, sem que isso lhe cause qualquer prejuízo. Essa oitiva é feita geralmente por dois funcionários do NUDIS, sendo que um é nomeado escrivão *ad hoc* e outro faz o devido interrogatório.

Terminadas as perguntas, é impresso uma via para que o interno leia e, se concorde com o ali escrito, assine. Observa-se que esse método é seguido em praticamente todos os procedimentos analisados, não ensejando qualquer tipo de notificação contrária a legalidade do ato.

Há uma observação sobre a forma de oitiva do funcionário/comunicante do ato indisciplinar. No RIEPE não é dito como deve ser feita essa oitiva, sendo que no PDF isso é feito mediante relato de próprio punho e devidamente assinado com nome e matrícula do funcionário que presenciou a dinâmica dos fatos.

Observa-se também que nas infrações graves que são tipificadas como crimes são anexadas ao procedimento cópias da ocorrência policial, constando a qualificação dos envolvidos, dos comunicantes, oitivas das possíveis testemunhas e a versão do interno-infrator.

Apesar de a defesa ser técnica, na maioria somente há uma defesa formal, ou seja, como requisito de validação do procedimento. Não há nas peças uma demonstração efetiva de defesa, sendo que em média as peças tem três laudas. Tendo como parâmetro a defesa escrita feita no procedimento em questão, não se observa a criação de nenhuma tese de defesa com relação a possíveis nulidades no procedimento.

Ora, como pesquisado na jurisprudência há divergências sobre alguns meios de colheita de prova dentro do procedimento, se deve ser ou não assistido por advogado no momento do depoimento ou se deve ser somente cientificado sobre a possibilidade de ter no momento do depoimento um advogado para lhe orientar.

Independente da posição que este trabalho acadêmico toma, deve a defesa usar todos os meios possíveis para se defender. Usar todas as teses possíveis é sem dúvida um meio de exercer a ampla defesa. Não foi observado na peça da defesa menção nenhuma sobre direito, sendo somente a defesa se refutado aos fatos narrados. É claro que esclarecer os fatos é de extrema importância, mas não suscitar matéria de direito acerca de nulidades é uma deficiência impressionante.

Não se trata de arquitetar uma possível nulidade inexistente, mas sim de colocar na defesa as divergências que há na jurisprudência a respeito da matéria, levando a reflexão mais ponderada do órgão julgador no momento de decidir e no futuro da homologação do procedimento. Fazendo pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é fácil encontrar a divergência que há em relação ao tema, visto que é requisito formal do procedimento a defesa do apenado, mas essa defesa não necessariamente deve ser técnica, segundo a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal.

A defesa também é falha em atacar os pontos da acusação. Na peça de defesa é sempre útil rebater todas as teses feitas pela acusação. Como a defesa pode pedir vários pedidos cumuladamente, a abordagem de todos os argumentos da acusação se faz

necessário para que o órgão julgador tenha mais elementos e possa conhecer as duas versões sobre todos os fatos controversos.

O rito é seguido em todos os procedimentos analisados, de forma organizada e ordenada, sendo que todas as partes são cientificadas do desenvolvimento da apuração de forma correta.

O procedimento administrativo disciplinar cumpre a legislação oferecendo ao interno-infrator a oportunidade de ter um defensor, por meio de convênios com faculdades ou por manter em seu estabelecimento funcionários designados para tal função.

De acordo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONDENADO SUBMETIDO À SINDICÂNCIA PARA APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DEFESA TÉCNICA.

Formalidade a ser observada, sob pena de nulidade do procedimento – que pode repercutir na remição da pena, na concessão de livramento condicional, no indulto e em outros incidentes da execução -, em face das normas do art. 5º, LXIII, da Constituição, e do art. 59 da LEP, não sendo por outra razão que esse último diploma legal impõe às unidades da Federação o dever de dotar os estabelecimentos penais de serviços e de assistência judiciária, obviamente destinados aos presos e internados sem recurso financeiros para constituir advogado.⁵⁶

Outra questão importante é que no momento em que é aberto prazo para defesa também pode ser requisitado diligências para melhor elucidar o fato. Opção esta que geralmente não é feita pela defesa, optando na maioria dos casos em entregar a defesa escrita sem pedir nenhuma diligência. Poderia a defesa utilizar melhor essa opção, visto que em certos casos o fato fica com uma versão preponderante, a do servidor que notificou a infração.

Nessas diligências pode também a defesa requisitar que sejam novamente ouvidos os envolvidos no fato. Pode até requisitar que tenha uma entrevista com o interno-infrator, para escutar pessoalmente sua versão dos fatos.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 77862-7 SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 2.4.2004.

Com relação à autodefesa, parte integrante da ampla defesa, é dada oportunidade para o interno-infrator se defender no momento em que é ouvido pelos funcionários do NUDIS. Também é oferecida essa oportunidade nos casos em que a infração é grave, cometimento de crime, visto que o interno-infrator é ouvido também na Delegacia de Polícia. Não é possível concluir se é facultado ao interno-infrator que ele próprio redija peça com sua autodefesa, mas nos procedimentos analisados não foi observado nenhuma peça de próprio punho do interno-infrator.

Na análise da defesa técnica feita pela instituição de ensino conveniada com o PDF deve-se observar alguns pontos sobre a qualidade da defesa. Lendo a defesa pode-se perceber que não há a devida preocupação com questão de direito, há somente repetição dos relatos sobre os fatos. Como no caso em estudo a defesa é de mais de um interno-infrator, deveria esta ser feita por estagiários diversos e com peças de defesa diversas e, como em comento, não pela mesma pessoa. A defesa técnica apresentada nesse procedimento visa somente a preencher o requisito da formalidade do ato, ou seja, não abrange os requisitos de uma defesa bem elaborada e com menção aos fatos e respaldo em qualquer doutrina. Pode-se inferir que a defesa no caso busca somente repetir o que fora dito durante todo o procedimento, não buscando alterar qualquer vício que possa ter ocorrido durante a instrução.

CONCLUSÃO

O objetivo geral do trabalho foi apresentar como é feito o procedimento de apuração das faltas cometidas pelas pessoas que estão reclusas dentro do Presídio do Distrito Federal.

Os objetivos específicos da pesquisa foram verificar a existência de defesa técnica ou não; analisar como a defesa é exercida e sugerir possíveis modificações no procedimento disciplinar visando à asseguuração do direito de defesa e a melhoria do instituto. Para essas indagações podem-se obter as seguintes respostas com base no estudo que foi feito em procedimentos que foram colocados à disposição do pesquisador pelo Núcleo de Disciplina do Presídio do Distrito Federal: há rito previamente previsto para apurar tais faltas (Capítulo XII, Seção IV – Do procedimento disciplinar, artigos 95 aos 117 do RIEPE); o rito é devidamente seguido; há oportunidade do interno-infrator dar sua versão dos fatos; as partes são sempre informadas dos atos realizados; há defesa do interno-infrator; há defesa técnica feita por estagiário e assinada por advogado mediante convênio firmado com instituição de ensino superior.

A defesa técnica não passa, exceto alguns casos, de defesa formal, ou seja, não é feita uma defesa propriamente de mérito. Analisando a peça de defesa é possível constatar que não há muito estudo acerca da matéria passando a defesa somente a relatar o ocorrido e fazer um breve comentário sobre as formalidades processuais. O defensor com base somente nos fatos tenta realizar a defesa do interno-infrator, pleiteando a absolvição.

A iniciativa da administração do PDF em buscar convênio com uma instituição de ensino superior para oferecer a defesa do interno, demonstra a preocupação com o instituto. No momento em que a defesa é realizada por pessoas que assumem o compromisso de prestar auxílio jurídico aos apenados que não tem condições financeiras de contratar advogado particular assume também toda responsabilidade por seus feitos.

No tocante às possíveis modificações no procedimento em estudo, a pesquisa não encontrou nenhuma falha de rito que afrontasse a legislação ou que prejudicasse a defesa do interno-infrator.

De cunho administrativo com relação as providências que a administração do Presídio do Distrito Federal toma para fazer com que o exercício do direito a defesa seja assegurado há a conclusão de que a própria administração tomou as devidas providências e no caso da impossibilidade da defesa ser feita pelo servidor, firmou convênio com instituição de ensino superior para que esta possa ser responsável pelas defesas.

Acerca do conteúdo técnico contido nas peças não há como a administração interferir nesse conteúdo. Se isso fosse feito, poderia ensejar o cerceamento de defesa levando à completa invalidação da defesa técnica. O Presídio do Distrito Federal, através do Núcleo de Disciplina, poderia relatar o que foi percebido nos procedimentos e conversar junto com o responsável da instituição de ensino para que haja uma melhora na defesa.

Quem pode analisar a qualidade da defesa é o Juiz da Vara de Execução Penal, pois todos os procedimentos são lhe remetidos, sendo que qualquer possível nulidade ou cerceamento de defesa deve ser analisada e tomada a providência cabível.

Com o advento da Lei nº12.313 de 19 de agosto de 2010, que alterou a Lei de Execução Penal para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública, espera-se a melhoria da qualidade da defesa técnica.

Tal Lei modifica o art. 16, obrigando que todas as Unidades da Federação tenham serviços de assistência jurídica da Defensoria Pública dentro e fora dos estabelecimentos penais. Dispõe também que as respectivas Unidades da Federação prestarão auxílio estrutural, material e pessoal à Defensoria Pública e manterá local apropriado destinado ao atendimento do Defensor Público. Altera também o art. 61, inserindo a Defensoria Pública como mais um órgão da execução penal.

A referida Lei insere na Lei de Execução Penal os artigos 81-A e 81-B dando competências a Defensoria Pública na ceara da execução penal, dentre as quais cumpre ressaltar as aludidas no art. 81-A. Neste artigo o mais novo órgão da execução penal fica incumbido de velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Entretanto, não há a expressa previsão de que a Defensoria Pública deverá atuar no procedimento administrativo disciplinar no caso do preso não ter advogado particular. Interpretando a alteração legislativa, há somente uma previsão genérica que a Defensoria Pública deva atuar no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Como se trata de recente alteração na Lei de Execução não há dados que possam informar se a medida será seguida. Não se sabe como as Defensorias Públicas dos estados e do Distrito Federal conseguiram suprir a demanda do sistema penitenciário, visto o problema na falta de apoio material e de pessoal. Cabe somente ao tempo julgar se as alterações serão realmente efetivas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Questões relevantes do processo administrativo disciplinar**. Parte I. Apostila. Brasília: CEBRAD, 1998.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRASIL. **Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 17 de set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 146326 RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 22 de mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 26860 RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 08 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 77862-7 SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 02 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 93073 RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 06 mar. 2009.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. **Processo Administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Processo. São Paulo, v. 31, n. 131, jan. 2006.

COSTA, José Armando da. *Apud* LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**: doutrina, jurisprudência e prática. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo disciplinar**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

EXECUÇÃO PENAL, Plano Diretor. Metas 05 e 07. Maio, 2008. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. DEPEN. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2565B3B35976460E90DA50F35BD61402PTBRNN.htm>> Acesso em: 05 mai. 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos A; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo**. BDA – Boletim de direito administrativo, jan. 1999.

LAZZARINI, Álvaro. **Do procedimento administrativo**. *Revista de direito administrativo*. Vol. 212, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.

LESSA, Sebastião José. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância:** doutrina, jurisprudência e prática. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LESSA, Sebastião José. **O devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório na esfera disciplinar.** Fórum Administrativo – Direito Público FA. Belo Horizonte, ano 6, n. 68, p. 7957-7961, out. 2006.

MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo.** 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1996.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coordenação). **Curso prático de direito administrativo.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas para o Tratamento de Presos**. 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes. Genebra: 1955. Aprovada pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 0022082-74.2010.8.19. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, *Diário da Justiça eletrônico*, Rio de Janeiro, 04 ago. 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROZA, Claudio. **Processo administrativo disciplinar & ampla defesa**, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, pag. 114. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Agravo em Execução n. 836.143/5. Relator: juiz Nicolino Del Sasso, j. em 19-1-1994, v. u., RJDTACrimSP, 21/47.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. *Habeas Corpus* n. 286.928/7. Relator: Juiz Eduardo Goulart, j. em 15-2-1996, v.u., RJTACrimSP, 30/332.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo em execução n. 990.09.251769-4. Relator: Juiz Marco Nahum. *Diário da Justiça eletrônico*, São Paulo, 08 mar. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo em execução n. 990.09.145351-0. Relator: Desembargador Marcos Rodrigues Alves Nogueira, *Diário da Justiça eletrônico*, São Paulo, 24 out. 2010.

SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu, 2002.