

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Mitielle Fonseca Dutra Schepa

**ANÁLISE DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE
NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

**Porto Alegre
2018**

Mitielle Fonseca Dutra Schepa

**ANÁLISE DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE
NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Vanessa Chiari Gonçalves.

**Porto Alegre
2018**

Mitielle Fonseca Dutra Schepa

**ANÁLISE DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE
NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
junto à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Aprovada em 09 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Vanessa Chiari Gonçalves (orientadora)

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (avaliador)

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo (avaliador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, pela exemplar educação e pelo invariável incentivo que sempre me deram.

Aos meus amigos Rodrigo, Diego, Grazi e Gabi, sem os quais essa caminhada não teria sido tão leve e especial; às minhas amigas Carla, Nati e Vê, que sempre me disseram que seria possível; à minha querida e saudosa amiga Marcia, que fez parte de toda essa caminhada, mas por decisão divina, nos deixou.

Ao meu esposo Cássio e minha “filhota” Keity, meus companheiros insubstituíveis.

“Diz-se que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro das prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como trata seus cidadãos mais condecorados, mas seus marginalizados.” Nelson Mandela, 1994.

RESUMO

Este trabalho versa sobre as faltas disciplinares de natureza grave que podem ser cometidas pelos condenados durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. O principal objetivo do presente estudo é explanar quais são as hipóteses de falta disciplinar de natureza grave elencadas pela Lei 7.210/1984 - LEP, qual o procedimento para a sua apuração e reconhecimento judicial, quais as sanções aplicáveis ao condenado faltoso e, ainda, analisar brevemente como tem decidido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação ao tema. Para isso, inicia-se com uma contextualização sobre o atual cenário da execução penal no país, onde são apresentadas as teorias que justificam o emprego da pena privativa de liberdade como o principal meio de repressão ao tipo de injusto, sucedidas por uma análise da natureza jurídica da execução penal e por um panorama dos problemas que assolam as prisões brasileiras. Em seguida, passa-se ao exame das hipóteses de falta grave constantes da LEP, do procedimento disciplinar administrativo e das sanções aplicáveis àquele que comete a infração disciplinar de natureza grave. Por fim, são analisadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em sede de agravo em execução, cotejando-se seus fundamentos com os ditames da LEP.

Palavras-chave: Falta grave; Lei de Execução Penal; Pena privativa de liberdade; Execução penal.

ABSTRACT

This paper deals with serious disciplinary offenses that may be committed by convicted persons during the execution of the custodial sentence. The main objective of the present study is to explain the hypotheses of serious disciplinary offenses listed in the Criminal Enforcement Law (Law no. 7,210 / 1984), which is the procedure for its investigation and judicial recognition, which sanctions are applicable to the offender and also to analyze briefly how the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul has decided on the subject. For this, it begins with a contextualization about the current scenario of criminal execution in the country, where the theories that justify the use of custodial sentence as the main means of repression to the type of unjust are presented, succeeded by an analysis of nature criminal execution and a panorama of the problems that beset Brazilian prisons. Subsequently, it examines the hypotheses of serious misconduct contained in the Law, the administrative disciplinary procedure and the sanctions applicable to the person who commits the serious infraction of the disciplinary nature. Finally, we analyze decisions made by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul in case of aggravation in execution, comparing its foundations with the dictates of the Law.

Keywords: Serious misconduct; Criminal Execution Law; Custodial sentence; Penal execution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: FINALIDADE, NATUREZA JURÍDICA E CENÁRIO ATUAL	10
2.1 POR QUE PUNIR?	10
2.1.1 Teorias Absolutas	10
2.1.2 Teorias Relativas	11
2.1.3 Teorias Mistas	12
2.2 A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL	13
2.2.1 Sistema Administrativo	13
2.2.2 Sistema Jurisdicional	15
2.2.3 Sistema Misto	15
2.3 A SITUAÇÃO CAÓTICA DA EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL	16
2.3.1 A evolução dos estabelecimentos prisionais	17
2.3.2 O incremento da população carcerária e a crise do sistema prisional	20
2.3.3 A generalizada mitigação da finalidade ressocializadora da pena	21
3 DAS FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA GRAVE	23
3.1 ESPÉCIES DE FALTA DISCIPLINAR GRAVE	24
3.1.1 Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou disciplina	24
3.1.2 Fuga	26
3.1.3 Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem	26
3.1.4. Provocar acidente de trabalho	27
3.1.5. Descumprir, no regime aberto, as condições impostas	27

3.1.6 Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da LEP	28
3.1.7 Ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo	29
3.1.8 Prática de fato definido como crime doloso	30
3.2 DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE	31
3.3 SANÇÕES E REFLEXOS DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE	34
3.3.1 Suspensão ou restrição de direitos	34
3.3.2 Isolamento na própria cela ou em local adequado	34
3.3.3 Inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)	35
3.3.4 Reflexos sobre benefícios na execução da pena	36
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	40
4.1 AGRAVO EM EXECUÇÃO N º 70075432625	40
4.2 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074795089	42
4.3 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075764399	43
4.4 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075223438	44
4.5 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075371658	45
4.6 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074727595	46
4.7 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074876897	47
4.8 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074837378	49
4.9 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075372631	50
4.10 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075241604	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A manutenção da disciplina no interior das casas prisionais é certamente uma das tarefas mais árduas incumbidas à administração penitenciária. Visando à normatização dessa delicada temática, elaborou-se a Lei 7.210/1984 - LEP, cuja exposição de motivos denota uma preocupação em subtrair-se da competência legislativa estadual a definição das infrações disciplinares de natureza grave, com o objetivo de evitar punições arbitrárias e discricionárias por parte da direção dos estabelecimentos penitenciários.

No texto da LEP são elencadas taxativamente as condutas que caracterizam faltas disciplinares de natureza grave, bem como são enumeradas as sanções aplicáveis ao condenado faltoso. Tanto o rol de condutas, quanto o rol de sanções não admitem ampliação.

Fato é que as sanções decorrentes da prática de falta grave são, em geral, severas, e podem refletir drasticamente sobre os rumos do cumprimento da pena, acarretando a regressão do regime carcerário, a inclusão no regime disciplinar diferenciado, a revogação de benefícios como as saídas temporárias, e a perda dos dias remidos através do trabalho, por exemplo. Por esse motivo, frequentemente se discute, em sede de agravo em execução penal, a observância do correto procedimento de apuração da falta grave, a adequação de sua homologação em juízo e a proporcionalidade das sanções aplicadas.

Este estudo busca elucidar, especificamente em relação aos condenados à pena privativa de liberdade, quais são as hipóteses de falta disciplinar de natureza grave, qual o procedimento empregado para a apuração da autoria da conduta e a posterior homologação judicial dele, quais as sanções passíveis de serem aplicadas e como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) vem decidindo relativamente à temática da falta grave.

No primeiro capítulo será realizada uma contextualização do leitor, que parte das principais teorias justificadoras da pena, segue com a análise da natureza jurídica da execução penal, e finda com um apanhado sobre o estado de falência no qual se encontram a pena privativa de liberdade, sua função ressocializadora e os institutos da execução penal.

O segundo capítulo tratará da conceituação das hipóteses de falta disciplinar de natureza grave constantes na LEP, do procedimento para apuração e reconhecimento da falta e das sanções aplicáveis ao faltoso. Serão realizadas observações relativas à constitucionalidade ou não dos institutos da LEP relativos às infrações disciplinares de natureza grave.

Por fim, no terceiro capítulo será analisada a jurisprudência recente do TJRS, especificamente de recursos de agravo em execução cujo objeto da insurgência se funde em falta disciplinar grave, a fim de verificar-se a adequação entre a interpretação da Corte e os ditames da LEP.

2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: FINALIDADE, NATUREZA JURÍDICA E CENÁRIO ATUAL

2.1 POR QUE PUNIR?

O Direito Penal Moderno vislumbra, como consequências jurídico-penais do tipo de injusto as penas e as medidas de segurança. Como consequências extrapenais, tem-se os efeitos oriundos da condenação, a responsabilidade civil moral ou material decorrente da prática criminosa e a reparação do dano pelo autor (PRADO, 2006, p. 524).

A pena é, sem dúvida, a mais importante consequência jurídica do crime (PRADO, 2006, p.524). Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se espaço para o Estado fazer valer o seu *ius puniendi* (GRECO, 2002, p. 474). Cada teoria que busca explicar a pena, é também, uma teoria do direito penal, que possui suas próprias raízes filosóficas e políticas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p.119).

Tradicionalmente, as teorias da finalidade da pena são divididas em teorias absolutas, relativas e mistas, conforme analisado a seguir, sem a pretensão de abarcar todas as suas variáveis.

2.1.1 Teorias Absolutas

As teorias absolutas buscam fundamentar a existência e a necessidade da pena unicamente no crime cometido. Nesse sentido, a pena é a retribuição, a compensação do mal causado à sociedade em função do delito, e não pode ser considerada um meio para fins ulteriores (PRADO, 2006, p. 525).

Tais teorias têm origem no idealismo alemão, encontrando no cenário filosófico, defensores como Kant e Hegel. Em seu sentido clássico, as teorias absolutas concebiam que qualquer tentativa de justificar a pena por suas razões utilitárias implicaria em uma afronta à dignidade humana do criminoso, pois este seria utilizado como meio para a persecução de fins sociais (PRADO, 2006, p. 525-526).

Para Roxin (1997, p. 81-82), a teoria da retribuição não encontra na pena a possibilidade de um fim socialmente útil. Mediante a imposição de um mal merecido, busca retribuir, equilibrar e espionar a culpabilidade do autor pelo crime que cometeu. A denominação “absoluta” provém especificamente do fato de que, para esta teoria, o fim da pena é independente, sem vínculo qualquer com o seu efeito social.

A sociedade, em geral, tem empatia com essa finalidade, pois tende a se satisfazer com o “pagamento” por parte do condenado, através da pena privativa de liberdade, da “dívida social” originada pelo delito. Esse “pagamento” não parece tão efetivo em esvaziar a sensação social de impunidade quando aplicadas penas restritivas de direitos ou de multa (GRECO, 2002, p. 479).

2.1.2 Teorias Relativas

As teorias relativas, também chamadas de teorias preventivas, desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, e encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar o cometimento de futuros crimes, utilizando-se de uma concepção utilitária da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 120). Assim, a pena não traz, em si mesma, uma necessidade de servir à realização da Justiça, mas serve de instrumento preventivo de garantia social para evitar que novos crimes sejam cometidos. O fundamento central dessa teoria, qual seja, o critério da prevenção, biparte-se em prevenção geral e prevenção especial (PRADO, 2006, p. 527).

A teoria da prevenção geral entende que a ameaça da pena gera no homem uma espécie de motivação para não delinquir (BITTENCOURT, 2003, p. 77). Nessa concepção, a pena aplicada ao autor de um crime tende a refletir também junto à sociedade, ensejando nas demais pessoas, com os olhos voltados a condenação de um de seus pares, uma reflexão antes de incorrerem no mesmo comportamento (GRECO, 2002, p. 479).

A prevenção especial, por sua vez, se calca na periculosidade individual, buscando a sua eliminação ou diminuição. Consiste, portanto, na atuação sobre a pessoa do criminoso, para evitar que este volte a delinquir no futuro (BITTENCOURT, 2003, p. 79). Pode ser concebida em seu sentido negativo, em que existe uma neutralização do indivíduo que praticou a infração penal, por meio de seu

encarceramento; e em seu sentido positivo, que consistiria no caráter ressocializador da pena, fazendo com que o autor do crime não volte a transgredir as normas jurídico-penais (GRECO, 2002, p. 479-480).

A função utilitarista da pena, trazida pelas teorias relativas, é bem resumida por Foucault (2009, p. 89), no seguinte excerto:

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores. Punir será então uma arte dos efeitos; mais que opor a enormidade da pena à enormidade da falta, é preciso ajustar uma à outra as duas séries que seguem o crime: seus próprios efeitos e o da pena.

2.1.3 Teorias Mistas

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em uma só definição os fins da pena, fundindo os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas (BITTENCOURT, 2003, p. 82). Quase sempre partem das teorias absolutas, recorrendo às teorias relativas para corrigir as falhas daquelas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 120).

Sob essa ótica, recorrer apenas às teorias absolutas ou apenas às teorias relativas para justificar a pena mostra-se um formalismo exacerbado, incapaz de abranger com propriedade a complexidade de fenômenos sociais que estão sob a esfera do direito penal. Para essa visão, o “maniqueísmo” conceitual traz graves consequências para a segurança e os direitos fundamentais do homem (BITTENCOURT, 2003, p. 82-83).

De acordo com esse pensamento, a sanção punitiva não deve encontrar fundamento em nada mais que o fato praticado, afastando, assim, um dos princípios da prevenção geral, consubstanciado na intimidação provocada pela pena no restante da comunidade. A pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à conduta perpetrada e à culpabilidade do autor, mesmo que isso acarrete que a pena não seja, ao fim, sequer aplicada (PRADO, 2006, p. 536).

Impõe-se reconhecer que as teorias mistas são as que fornecem melhor resposta às exigências de um Estado democrático de direito, amparando a necessidade de proporcionalidade entre crime e suas respectivas penas, enquanto barreira ao exercício do *ius puniendi* (PRADO, 2006, p. 537). Para GRECO (2002, p.

480), essa é a concepção adotada pelo Código Penal pátrio, ao conjugar, em seu art. 59, a necessidade de repressão e prevenção do crime, unificando as teorias absolutas e relativas.

2.2 A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

A execução da pena é tida como a última fase do sistema jurídico-penal em termos político-criminais. As atenções das figuras centrais do sistema penal concentram-se, em boa medida, na definição, classificação e aplicação dos processos legislativos de incriminação, mas raramente se voltam para a questão da execução da reprimenda (BRITO, 2014, p. 425-426). O direito de execução penal pode ser entendido como o “conjunto de normas jurídicas e de princípios que regulam a execução das penas e das medidas de segurança, como também as relações entre o condenado e o Estado.” (GONÇALVES, 2015, p. 72).

É de vital importância para este trabalho a análise, ainda que superficial da natureza jurídica da execução penal. Isso porque durante o processo da apuração de cometimento de falta disciplinar grave por parte do apenado, fundamental se faz que cada esfera do poder estatal respeite o seu âmbito de atuação, sob pena de comprometimento da legalidade do procedimento.

A doutrina identifica três correntes que buscam definir a natureza jurídica da execução penal. São elas o sistema administrativo, oriundo da doutrina francesa, o sistema jurisdicional, da doutrina alemã, e, por fim, o sistema misto, advindo da doutrina italiana. A principal celeuma reside em distinguir atos administrativos e atos jurisdicionais (GONÇALVES, 2015, p. 73).

2.2.1 Sistema Administrativo

A execução de uma pena privativa de liberdade é muito mais complexa do que se pode imaginar. Além da atuação da direção do estabelecimento prisional, que exerce influência sobre os rumos do cumprimento da reprimenda, coexistem códigos de conduta implícitos e não escritos, consistentes nos comandos das facções criminosas e da massa carcerária (GONÇALVES, 2015, p. 71-72).

No sistema administrativo, a execução penal concentra-se na atividade discricionária do Poder Executivo, perseguindo os fins da condenação, de modo que incumbe à administração do estabelecimento prisional delimitar os contornos da execução da pena. (GONÇALVES, 2015, p. 73-74)

A administração pública seria responsável por toda atividade posterior à condenação, tendo em vista que os atos de execução de preceitos legislativos e judiciais são de natureza administrativa. Nessa mesma esteira, sendo a pena de interesse coletivo, caberia à administração pública providenciar o seu cumprimento. O direito penal e o direito processual penal seriam, assim, autônomos em relação ao direito penitenciário, que permearia a relação entre o condenado e a administração do estabelecimento prisional (CARVALHO, 2008, p. 163).

Os defensores dessa corrente doutrinária entendem que, uma vez proferida a sentença, a atividade estatal judiciária esgota-se, dando lugar à atividade estatal administrativa. No entanto, essa visão é elidida pelos casos em que há necessidade de intervenção judicial durante a execução, como ocorre nos incidentes processuais (CARVALHO, 2008, p. 164).

Muitos dispositivos da LEP trazem à tona uma face administrativa da execução da pena, ainda que a Exposição de Motivos nº 10 da Lei expressamente estabeleça que a execução não possui essa natureza. Para além disso, outra situação, de especial importância para este trabalho, que evidencia essas nuances administrativas, é o fato de o procedimento administrativo disciplinar destinado à apuração de faltas disciplinares ser instaurado pela autoridade administrativa, que pode inclusive determinar o isolamento preventivo do condenado faltoso (SCHMIDT, 2007, p. 220).

A natureza administrativa da execução penal não pode prosperar, tendo em vista que o ordenamento jurídico trata o apenado como um sujeito de direitos, que possui todas as garantias decorrentes do processo judicial que deve ser a execução. Defender a subsistência de um sistema administrativo implica em vislumbrar o condenado como mero objeto da execução da pena, o que demandaria que os artigos 5º ao 7º da Constituição Federal vigente não se aplicassem ao cumprimento da pena (SCHMIDT, 2007, p. 222).

2.2.2 Sistema Jurisdicional

No sistema jurisdicional, as decisões sobre a execução da pena devem ser obrigatoriamente submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Enquanto o administrador age independentemente de provocação, adquirindo postura dinâmica frente à possibilidade de violações da lei e criando situações jurídicas, o juiz necessita de provocação para atuar, reprimindo violações legais e julgando situações jurídicas quando estas já se encontram consolidadas (GONÇALVES, 2015, p. 73-74).

Para Carvalho (2008, p. 169), o processo penal deve ser otimizado na execução, pois o juiz tem, sim, poderes para interferir diretamente nas relações entre a administração prisional e os detentos. Sendo assim, o judiciário deve se apropriar da execução penal, resguardando a racionalidade da pena e a dignidade e humanidade dos apenados.

A visão que nega a existência de um processo judicial de execução, admitindo que a sentença penal se executa por si só e atribuindo caráter administrativo à execução da pena, demonstra um descaso que não pode se sustentar em nossos dias (BRITO, 2014, p. 426). O “administrativismo” penal acarreta uma visão objetificada do condenado, como se não fosse ele sujeito de direitos e garantias.

2.2.3 Sistema Misto

Para os adeptos da concepção mista, somente se submetem à apreciação do poder judiciário os incidentes de execução penal de caráter jurisdicional ou misto. Os demais, de natureza administrativa, seriam resolvidos pela administração da casa prisional e das normas de execução penal, pois não há justificativa para intervenção do judiciário em questões da economia interna dos presídios (CARVALHO, 2008, p. 164).

Essa divisão que põe de um lado a direção do estabelecimento prisional como a responsável pela disciplina da população carcerária, e, de outro, o judiciário com o papel de analisar a concessão de eventuais benefícios, perdurou até a reforma legal de 1984, quando da redação da LEP. A partir daí, com a finalidade de diminuir as violações dos direitos dos apenados causadas pela discricionariedade da

administração penitenciária, a LEP veio ao encontro da visão do processo como um meio de garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, jurisdicionando a execução (CARVALHO, 2008, 165-166).

No entanto, percebe-se que nenhum dos dois sistemas explanados nos itens anteriores coincide em tudo com o modelo adotado pela LEP. Em algumas situações a autoridade administrativa necessita tomar providências cautelares, o que lhe confere relativa autonomia. Já em outras, cabe somente a atuação judicial, como por exemplo, nas situações de concessão de incidentes de execução penal. Citem-se, ainda, os casos de prática de falta grave durante o cumprimento da pena, em que a autoridade administrativa deve providenciar a instauração do procedimento adequado e este é submetido à homologação por parte da autoridade judicial. Dessa forma, a realidade fática demonstra a vigência de um sistema misto (GONÇALVES, 2015, p. 74).

Uma visão crítica, contrária à existência de um sistema híbrido é oferecida por Salo de Carvalho, que a julga insustentável. Para ele, a característica dos sistemas é a sua identificação por meio de rígidos princípios unificadores, não havendo chance para uma fusão sistemática ou paradigmática. Sendo assim, a natureza mista do processo de execução penal não pode ser legitimada perante a Constituição Federal de 1988 (2008, p. 170).

2.3 A SITUAÇÃO CAÓTICA DA EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL

A adequação da pena privativa de liberdade (tal como é executada) como meio de coibir e prevenir a prática delitiva há muito é objeto de questionamento de diversos estudiosos. Nesse sentido, o notável Beccaria (2007, p. 17) fez as seguintes observações, que perfeitamente se aplicariam aos nossos dias:

Contudo, qual a origem das penas, e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que devem se aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será verdadeiramente útil, necessária, imprescindível para a segurança e a estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais são os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes?

Qualquer estudo que se proponha a analisar certo aspecto do cumprimento da pena privativa de liberdade, como é o caso deste trabalho, não pode fechar os olhos para a nefasta realidade que cerca a execução penal no país. Por esse motivo, serão realizadas, nos itens seguintes, considerações acerca da modificação dos estabelecimentos prisionais, do incremento no número de indivíduos encarcerados e do latente estado de falência pelo qual passa o sistema prisional brasileiro.

2.3.1 A evolução dos estabelecimentos prisionais

Para Carvalho (2008, p. 2017), “[...] na atualidade, a resposta estatal ao desvio punível adquire, cada vez mais, uma função de neutralização dos inconvenientes, operando, sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social.”.

O discurso disciplinar pouco ou nada coincide com o cotidiano dos estabelecimentos prisionais, tornando evidente a ilegalidade das práticas do poder público. A discrepância entre as previsões normativas e a realidade lamentável produz aquilo que Salo de Carvalho brilhantemente denomina de “brutalização genocida da execução da pena” (2008, p. 218-221).

Para Beccaria, “os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.”. O autor ainda assevera que, para que o castigo tenha o efeito que dele se espera, basta que o mal causado seja maior que o proveito que o culpado retirou do crime. Devem ser considerados também como integrantes do castigo os terrores que antecedem a sua execução e a perda das vantagens que derivariam do crime (2007, p. 49-50).

Beccaria frisa, ainda, que a pena demasiadamente severa acaba se tornando tirânica. A crueldade das penas provocaria resultados desfavoráveis à sua finalidade, pois é difícil estabelecer uma relação de adequação entre crimes e penas, e as penas exacerbadas tendem a gerar impunidade, pois logo serão modificadas ou terão sua vigência cessada, deixando o crime sem reprimenda. (2007, p. 50-51). Assim, para que não fosse considerada um ato de violência contra o cidadão, o autor entendia que a pena deveria ser pública, pronta, necessária, a

menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao crime cometido e determinada pela lei (2007, p. 107)

Quando a maioria dos países adotou a pena privativa de liberdade como pena principal, o estabelecimento onde essa pena seria cumprida passou a ser um problema para o Estado. Buscou-se, através de diversas tentativas, encontrar um local adequado às finalidades da pena.

Nesse sentido, houve uma “evolução” das prisões ao decorrer do tempo. Essa “evolução” em muito foi marcada pelos retrocessos pelos quais a própria pena privativa de liberdade passou, mitigando-se a dignidade humana com o fim de que o sofrimento experienciado no cárcere compensasse, ao cabo, o mal produzido pelo crime (GRECO, 2011, p. 215-216).

Do modo como se desenvolvia, a pena, muitas vezes, assumiu a identidade de pena-castigo. Quanto mais alienado do convívio social se mantivesse o apenado, melhor, pois a finalidade era amedrontá-lo, e não ressocializá-lo.

Os estabelecimentos prisionais foram sendo construídos alguns com a preocupação mínima em atender as finalidades da pena, outros com total inobservância de seu escopo, de modo que o condenado, tão logo soubesse que lá cumpriria a sua pena, já teria ciência de que o desconforto e o sofrimento seriam invariáveis companheiros a partir do momento em que as grades da cela fossem fechadas (GRECO, 2011, p. 216).

Uma questão recorrente em vários países foi a do encarceramento de presos por crimes considerados, via de regra, de natureza política, em estabelecimentos prisionais em locais desconhecidos, que não eram reconhecidos oficialmente como cadeias e penitenciárias vinculados ao Estado. Tais presos não podiam receber visita de familiares, amigos, e tampouco de um defensor. A prisão arbitrária era seguida de tortura e de uma morte que, posteriormente, passava a ser por todos ignorada (GRECO, 2011, p. 216-217).

Em virtude de situações como essa, foram elaboradas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes de 1955, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas por meio das Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2.076 (LXII), de 13 de maio de 1977. (GRECO, 2011, p. 218).

A Resolução 663 C (XXIV), por meio das regras 9 a 14, especifica as condições mínimas que os estabelecimentos prisionais devem oferecer para receberem os condenados. Dentre elas, que as celas devem abrigar apenas um preso e que, quando utilizados dormitórios, a administração penitenciária deverá observar cuidadosamente se os condenados reúnem condições para estarem acomodados nesta modalidade, dispondo de vigilância regular durante a noite.

Como bem assinala Greco (2011, p. 2018-2019):

Como se percebe, sem muito esforço, essa é uma das regras mais desrespeitadas pelo sistema prisional. Nas cadeias e nos presídios superlotados, os presos são jogados nas celas como se fossem animais. O espaço interno é disputado com violência. Os mais fracos ocupam os piores lugares.

Prevê, ainda, a Resolução que as acomodações ocupadas pelos presos devem atender a requisitos de higiene e saúde, levando-se especialmente em consideração as condições climáticas, o aporte de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação. As janelas das celas devem ser amplas, favorecendo a entrada de luz natural, e a luz artificial deve permitir o trabalho e a leitura. As instalações sanitárias, por sua vez, devem permitir ao condenado realizar a sua higiene e necessidades de forma limpa e decente (GRECO, 2011, p. 219).

A realidade é totalmente distinta. Os estabelecimentos prisionais apresentam instalações elétricas precárias, o suprimento de água é interrompido diversas vezes, as instalações sanitárias são imundas, com chuveiros elétricos que não funcionam, restando aos reclusos o banho com água fria, mesmo em localidades com temperaturas baixas.

O resultado da inobservância dessas exigências mínimas não é difícil de adivinhar: um preso que é devolvido à sociedade tomado por sentimentos de revoltas e traumas. Some-se isso a índices de reincidência expressivos, pois o fim precípua da pena esvazia-se por completo quando executada nestas circunstâncias, transformando a personalidade dos condenados, quase que invariavelmente para pior (GRECO, 2011, p. 220).

2.3.2 O incremento da população carcerária e a crise do sistema prisional

A execução da pena se tornou um grande problema, tanto em países emergentes, quanto naqueles mais desenvolvidos. Não raras vezes os princípios mais basilares de direito são mitigados sob pretexto de se estar enfrentando uma situação excepcional (GRECO, 2011, p. 258). Infelizmente, a realidade é que as situações excepcionais se tornaram a verdadeira regra de um sistema prisional já verdadeiramente falido como o brasileiro.

Nas últimas décadas, o cenário político-criminal dos países ocidentais passou por transformações. Houve um grande crescimento nas taxas de encarceramento, que, até então se mantinham estáveis em comparação com o aumento da população (CARVALHO, 2010a, p. 15).

Greco (2011, p. 302) aponta alguns fatores que tiveram preponderância na condução do sistema prisional à situação crítica em que hoje se encontra. O autor destaca a falta de compromisso do Estado em relação ao problema carcerário, que não é uma preocupação constante dos governantes, tampouco figura em pautas relevantes de planejamento estatal. Para ele, o comportamento dos governantes nada mais é do que o reflexo do próprio sentimento social, que, de algum modo, acredita que o tratamento dispensado ao preso deve, de fato, ser o pior possível.

Ainda, a ausência de adequada fiscalização por parte de órgãos que deveriam controlar o cumprimento da pena, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, é apontada como um fator favorecedor do descumprimento da lei. Some-se a isso a caótica superlotação carcerária, fruto de uma inflação legislativa, que amplia a jurisdição penal para abarcar fatos pouco relevantes; do uso quase irracional da prisão preventiva, que abarrota as cadeias, e ainda, dos casos de pessoas que, em função da inércia e morosidade estatal permanecem presas além do tempo previsto na sentença condenatória (GRECO, 2011, p. 303-304).

O autor finaliza asseverando a influência que a escassez de programas destinados à ressocialização dos apenados, a falta de recursos para manutenção da saúde da população carcerária e o despreparo dos agentes penitenciários tem sobre a crise nas prisões. Afirma que a superlotação é um risco tanto para os presos quanto para os funcionários encarregados de supervisioná-los, sujeitando todos a toda sorte de infortúnios. Critica duramente os argumentos da falta de verbas para a

construção de novos estabelecimentos prisionais e do cometimento exponencial de crimes, sob o fundamento de que estes maquiavam os verdadeiros grandes problemas da corrupção, do desvio de dinheiro e do Direito Penal máximo que hoje vigora (GRECO, 2011, p. 305-307).

Leciona Carvalho (2010a, p. 31) que “a perversa equação que agrega as históricas omissões nas políticas sociais às políticas criminais de ampliação das hipóteses de criminalização produz, como resultado, a barbarização nos espaços de encarceramento”.

2.3.3 A generalizada mitigação da finalidade ressocializadora da pena

Pode-se afirmar que a virada do século XVIII para o século XIX foi um marco para que a pena privativa de liberdade passasse a ocupar a posição de principal reprimenda imposta a quem praticasse um delito (GRECO, 2011, p. 225).

Os presídios transformaram-se em verdadeiras “fábricas de presos”, ali jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento de pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhe são inerentes. A superpopulação dentro das casas prisionais tornou-se uma constante, criando o ambiente ideal para as rebeliões, a promiscuidade e a prática de novos crimes dentro do sistema prisional, não só de autoria dos presos, como também dos próprios agentes estatais (GRECO, 2011, p. 226-227).

Quando está cumprindo a sua pena, a existência do preso é quase ignorada pelo Estado, que não tira do papel seus planos de ressocialização, tampouco oferece condições de dignidade ao encarcerado. Ocorre um isolamento do meio social, e até mesmo as próprias autoridades esquecem da existência daquele que está atrás das grades. Seguindo-se minimamente o raciocínio, resta evidente o contrassenso de um Estado que busca ressocializar um condenado afastando-o do meio social, ao invés de proporcioná-lo o contato com o mundo extra-muros necessário para ensejar o desejo de sair daquele ambiente, após cumprir sua sanção (GRECO, 2011, p. 263).

Cabe às autoridades competentes para a fiscalização da execução da pena, acompanhar o implemento dos requisitos necessários para a concessão dos benefícios previstos pela legislação durante a fase de cumprimento, trazendo o

condenado de volta ao seio da sociedade, de modo que sua saída seja menos impactante (GRECO, 2011, p. 265).

Na seara das práticas formais punitivas e de repressão ao desvio punível, bem como na fala de agentes e dos movimentos sociais ditos de defesa dos direitos humanos, percebe-se a incongruência entre a demanda pela punição e a contraposição entre os direitos. Verifica-se um consentimento com as lesões a direitos individuais em detrimento dos direitos coletivos, ou institucionais. (CARVALHO, 2010b, p. 118)

Para Foucault (2009, p. 33), é preciso eliminar a confrontação física entre o condenado e o Estado. O Estado, para ele, não pode ceder à sede de vingança e ao prazer de punir, visto da perspectiva do povo. A justiça criminal precisa punir, ao invés de se vingar.

3 DAS FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA GRAVE

A LEP classifica as faltas disciplinares em leves, médias e graves. Apenas as faltas de natureza grave são tratadas em seu texto, pois, conforme prevê o art. 45 da referida Lei, as infrações de cunho leve e médio submetem-se à regulação pelo legislador estadual. A competência da lei local para apontar as sanções aplicáveis às faltas leves e médias, no entanto, não autoriza ao legislador local a instituição de outras não previstas expressamente no art. 53 da LEP (MIRABETE, 2004, p. 140).

Para Renato Marcão (2012, p. 57), as peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, variável quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outras circunstâncias indicam que os tratamentos disciplinares devem se harmonizar com as características do ambiente.

A enumeração, pelo legislador federal, das faltas disciplinares graves, que acarretam além de suas sanções, outras consequências severas, a serem adiante explanadas, impede que nos regulamentos estaduais se instaure uma disciplina que exerça restrições ou sujeições que depreciem o condenado. Nessa toada, a própria exposição de motivos da LEP faz menção à essa subtração da disciplina das faltas graves da esfera administrativa, com vistas a evitar a criação irrazoável e arbitrária de infrações (MIRABETE, 2004, p. 140).

Para Schmidt (2007, p. 50-51), embora bastante clara a reserva da competência legislativa sobre faltas disciplinares de natureza grave, alguns estados brasileiros extrapolam os limites de sua competência, enumerando casos de faltas graves não inseridas no art. 50 da LEP. No estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, o art. 12 do Regime Disciplinar Penitenciário, publicado em 01/04/1998, fundamentou, por anos, processos e sanções disciplinares, que foram devidamente homologados em juízo, por um fato que sequer constituía, legitimamente, falta grave. Essa situação revela não apenas ilegalidade, mas verdadeira inconstitucionalidade, e deve servir de base para uma revisão da indenização a ser arcada pelo Estado nestes casos.

É importante frisar que na seara da execução penal, no que tange às faltas disciplinares dos condenados e as respectivas punições, deve ser observado o princípio da reserva legal, insculpido no art. 45 da LEP. O princípio em comento prevê que só pode ser considerada falta disciplinar aquela prevista na Lei, à qual se

aplica a respectiva sanção, que deve ser anteriormente cominada (MIRABETE, 2004, p. 140).

3.1 ESPÉCIES DE FALTA DISCIPLINAR GRAVE

O art. 50 da LEP elenca, taxativamente, as faltas graves que podem ser cometidas pelo condenado à pena privativa de liberdade, que se estendem, no que couber, ao preso provisório (AVENA, 2014, p. 88).

Consoante prevê a referida Lei, em seu art. 49, parágrafo único, aplica-se à tentativa a mesma sanção prevista para a infração consumada. Nesse caso, por exemplo, ao condenado que tenta evadir-se do estabelecimento prisional, aplica-se a mesma sanção daquele que efetivamente empreende fuga. No entanto, tendo em vista que a extensão das consequências é menor no caso da tentativa, deve-se levar isso em consideração no momento da escolha da sanção a ser aplicada (MIRABETE, 2004, p. 141-142).

3.1.1 Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou disciplina

A primeira infração prevista é a de incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, conforme narra o inciso I do art. 50 da LEP. Para os fins deste dispositivo, participar seria tomar parte, unir-se ao movimento de subversão da ordem ou da disciplina, tanto por meios materiais como morais. Também é punido aquele que incita, isto é, estimula os demais apenados a praticar atos de indisciplina de cunho coletivo. Uma vez estimulados os companheiros por meio de discurso ou qualquer outro meio para organizarem, deflagrarem ou continuarem um movimento de rebeldia, está configurada a falta disciplinar. Ainda que tal movimento não surta efeitos práticos, o seu mentor incide na modalidade tentada, a qual se pune com a mesma sanção cabível à infração consumada (MIRABETE, 2004, p. 142)

O movimento de rebeldia pode constituir o crime de motim de presos (tipificado no art. 54 do Código Penal Brasileiro), ou uma simples resistência às ordens dos agentes penitenciários ou aos regulamentos. Desse modo, é desnecessário, para a caracterização da falta grave suprarreferida, o emprego de

violência ou ameaça por parte dos condenados. Dessa forma, também são abarcadas pelo inciso I situações de movimentos pacíficos de recusa ao trabalho, de retorno às celas ou de greve de fome, por exemplo (MIRABETE, 2004, p. 142).

Nessa toada, o texto da LEP, segundo Schmidt (2007, p. 46), possui diversas indeterminações que atentam ao princípio da legalidade. O autor considera o art. 50, que define as faltas disciplinares de natureza grave, como a mais prejudicial delas. No inciso I, tem-se a amplitude da expressão “subverter a ordem ou a disciplina”, que, a depender de argumentação, poderia abranger inúmeras condutas para considerá-las faltas graves. Dessa forma, autoriza-se a punição, como falta grave, de fatos que sequer implicitamente estão contidos no art. 50 da LEP.

O autor ainda frisa que, em sua experiência no Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul, observou número pouco expressivo de faltas disciplinares leves e médias, atribuindo o fato à maneira como o art. 50 foi construído e é interpretado. Para ele, há, na prática, um modelo penal de legalidade atenuada, onde a elasticidade do texto normativo faz com que se desvie a definição das faltas graves, instituindo um sistema antigarantista e sancionatório (SCHMIDT, 2007, p. 48).

Paira sobre essa previsão de falta disciplinar grave trazida pelo inciso I, severa dúvida acerca de sua constitucionalidade, pois uma das decorrências da reserva legal consiste na necessidade de que toda a restrição de liberdade de um indivíduo se dê somente diante de normas suficientemente claras e precisas quanto aos termos de sua aplicação. Não há, nessa hipótese, precisão semântica na expressão “subverter a ordem ou à disciplina”, restando espaço para arbítrios punitivos, como a própria greve de fome, que prejudica tão somente o próprio apenado, diga-se de passagem (SCHMIDT, 2007, p. 255-256).

Para Schmidt (2007, p. 237-238), práticas de resistência pacífica constitucionalmente previstas, como a greve de fome ou os motins em função das más condições das prisões, não deveriam ser sancionadas, pois muitas vezes são o único meio de os presos buscarem o respeito a seus direitos e se insurgirem contra o Estado e sua desídia e morosidade

3.1.2 Fuga

O inciso II cuida da fuga enquanto falta grave. Ao contrário do Código Penal, que em seu art. 352, prevê punição quando o preso se utiliza de violência, a LEP prescinde do uso da força para a caracterização da fuga como falta disciplinar grave. Também indifere o fato de o condenado ter causado danos ao patrimônio ou ter recebido ajuda de seus companheiros ou dos agentes penitenciários. O mencionado inciso abrange, também, as hipóteses de fuga empreendida durante o gozo de saídas autorizadas, trabalho externo etc. (MIRABETE, 2004, p. 143).

O dever do condenado de adotar conduta oposta aos movimentos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, previsto no inciso IV do art. 39 da LEP é um conceito problemático do ponto de vista jurídico. Isso porque sujeita o condenado que não deu causa ao fato à responsabilidade de se opor ao movimento de fuga ou rebelião de seus companheiros de cárcere. Atenta-se, dessa forma, ao próprio princípio da culpabilidade penal, proibindo-se a própria omissão, a própria inércia do condenado, que precisa, segundo a lei, adotar conduta oposta, mesmo que o fato de este não ter participado do movimento já configure um mérito seu (SCHMIDT, 2007, p. 241).

3.1.3 Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem

Também constitui falta grave o ato de possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem. É quase que rotineiro encontrar nos estabelecimentos prisionais instrumentos rudimentares, pontiagudos, fabricados pelos próprios detentos, a partir de materiais aos quais tem acesso em função de outras atividades, como facas de cozinha, estiletes, canivetes etc. Uma vez comprovada a posse deliberada, caracterizada estará a falta grave. A posse do instrumento deve, ainda, ser indevida, de modo que o manuseio de uma faca durante trabalhos na cozinha, por exemplo não configura a hipótese legal (AVENA, 2014, p. 90-91).

Não há necessidade de que o objeto seja utilizado, efetivamente: basta que ele tenha potencialidade lesiva, se destine ao fim precípua de atingir fisicamente a

outrem. Muito discute a jurisprudência a respeito da essencialidade da apreensão do objeto, pelo que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de que é necessário que o instrumento seja não só apreendido, como também periciado, a fim de que seja aferida a sua potencialidade lesiva e se decida, ou não, pela caracterização da falta grave (AVENA, 2014, p. 91).

3.1.4. Provocar acidente de trabalho

Provocar acidente de trabalho também constitui falta grave, conforme leciona o inciso IV do art. 50 da LEP. Refere-se ao comportamento que envolva dolo, e não culpa, de modo que a própria utilização do verbo provocar indica a existência de um desejo de que o acidente ocorra (MIRABETE, 2004, p. 143). É irrelevante, para a caracterização da falta em comento, a produção de dano ao patrimônio do presídio ou a materiais empregados na confecção do trabalho, assim como a provocação de ferimentos no próprio apenado ou em terceiros, bastando a mera ocorrência do acidente de trabalho dolosamente causado (AVENA, 2014, p. 91).

A LEP não distingue, para fins de disciplina, o trabalho interno do externo. Apenas o trabalho do preso albergado é excluído dessa hipótese, pois este não se submete à disciplina prisional (MIRABETE, 2004, p. 143).

3.1.5. Descumprir, no regime aberto, as condições impostas

O inciso V do art. 50 da LEP dá conta de que constitui falta disciplinar de natureza grave o descumprimento, no regime aberto, às condições impostas. Tais condições classificam-se em legais e judiciais. As condições legais são aquelas previstas no art. 115, incisos I a IV, da LEP. As condições judiciais, por sua vez, são aquelas que o juiz pode estabelecer ao condenado, com base nos ditames dos artigos 115, *caput*, e 116, da LEP (AVENA, 2014, p. 91).

3.1.6 Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da LEP

Constitui infração disciplinar grave, conforme o inciso VI do art. 50 da LEP, a inobservância dos deveres de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem o condenado deva relacionar-se e do dever de executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas por agentes do estabelecimento prisional.

Para Avena (2014, p. 91-92), esse dispositivo denota uma preocupação do legislador com o trabalho do preso e o papel que ele exerce na ressocialização do condenado. Uma vez executado o trabalho de acordo com as regras, o preso tem direito a benefícios, como a remição, por exemplo, além da chance de ter o seu comportamento avaliado de forma positiva para a eventual concessão de outros benefícios.

Observe-se que não pode ser considerada falta grave a recusa do preso em cumprir ordem ilegal, por força do art. 5º, II, da Constituição Federal, assim como não deve ser sancionada a recusa ao trabalho que tenha justo motivo, como, por exemplo, possível represália por parte dos companheiros de cárcere. Ainda, não constitui falta grave a ausência, por alguns instantes, do condenado no ambiente de trabalho, seja ele externo ou interno (MIRABETE, 2004, p. 144).

Schmidt assinala que só se pode falar em indisciplina do apenado em situações em que este se insurja contra decisões e ordens emitidas pela autoridade competente e em consonância com as garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Para o autor só existe indisciplina carcerária se houver disciplina estatal (2007, p. 239).

A mesma lógica é extensiva ao dever de respeito e obediência aos servidores do estabelecimento prisional e demais pessoas com as quais o apenado venha a se relacionar. Não se pode exceder os limites razoáveis de maneira a humilhar um cidadão “desviado”, para rebaixá-lo diante de um “não desviado”, sem que haja previsão legal e necessidade para tanto. Se o Estado não trata os condenados com urbanidade e cordialidade, não pode deles exigir comportamento semelhante (SCHMIDT, 2007, p. 240-241).

3.1.7 Ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo

Por fim, a última espécie de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade, situada no inciso VII do art. 50 da LEP, foi incluída posteriormente, pela Lei 11.466, de 2007. A finalidade da Lei foi, principalmente, de coibir a comunicação dos presos entre si e com o ambiente externo, para dificultar a sua participação em novas empreitadas criminosas, tendo em vista que é inconteste a proliferação delitiva que é organizada no interior dos estabelecimentos prisionais (AVENA, 2014, p. 92).

A mesma Lei criou, ainda, o tipo penal do artigo 319-A do Código Penal, uma forma especial de prevaricação, prevendo pena de detenção de três meses a um ano ao diretor ou funcionário de estabelecimento prisional que deixar de impedir o acesso do condenado a aparelho que permita a comunicação com o ambiente externo (NUCCI, 2008, p. 1019).

O entendimento jurisprudencial considera como objeto de abrangência da Lei, também, a posse de componentes de aparelhos celulares, como chips, carregadores, baterias etc. Isso porque entender de maneira diversa implicaria em anuir com a entrada segmentada de aparelhos de comunicação entre os detentos, permitindo que estes agrupem as peças quando necessário e as empreguem em fins escusos (AVENA, 2014, p. 92).

Nucci (2008, p. 1019-1020), sustenta que antes mesmo do advento da Lei 11.466, em 2007, já se reconhecia, ilegalmente, a prática de falta grave consistente em porte de aparelho que permita a comunicação do preso com seus colegas de cárcere ou com o ambiente externo. Segundo o autor, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim decidiu, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 888848.3/7, considerando que tal hipótese poderia ser extraída da alusão feita pelo art. 50, em seu inciso VI, ao art. 39, ambos da LEP.

3.1.8 Prática de fato definido como crime doloso

O art. 52, *caput*, primeira parte, da LEP traz como mais uma hipótese de falta grave a prática de fato definido como crime doloso. Tal dispositivo incide tanto sobre presos provisórios, quanto sobre presos condenados definitivamente. Exclui-se de seu âmbito de aplicação os crimes culposos, que podem ser previstos como faltas de natureza leve ou média, a critério das legislações estaduais. O referido dispositivo abarca também as hipóteses de crimes preterdolosos, pois há dolo em relação ao crime que se pretendia praticar (AVENA, 2014, p. 94-95).

Para a caracterização da falta grave, não é necessário que o apenado seja condenado pelo fato em questão. Diante disso, o princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5, LVII, da Constituição Federal é, para dizer o mínimo, mitigado nos casos de cometimento de novo crime pelo apenado no curso da execução. Isso porque não são raras as situações em que o simples indiciamento em inquérito policial ou a condição de réu em ação penal em trâmite acarretam consequências como a regressão de regime, cassação de saídas temporárias e qualquer outro direito do apenado, antes da superveniência de sentença penal condenatória por esse novo delito (SCHMIDT, 2007, p. 231-232).

Há muito se utiliza essa previsão legal para considerar a prisão em flagrante, o indiciamento ou a mera existência da ação penal como elementos suficientes para o reconhecimento da prática de falta grave e aplicação das sanções correspondentes (regressão de regime, decretação de perda dos dias remidos, indeferimento de comutação e indulto etc.), ao arrepio do princípio constitucional da presunção de inocência (SCHMIDT, 2007, p. 257). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) inclusive consolidou seu posicionamento por meio da Súmula 526, no sentido de que o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.¹

É importante ressaltar que, quando a prática de fato definido como crime doloso acarretar a subversão da ordem ou da disciplina internas da casa prisional, o juízo da execução poderá determinar a inclusão do apenado no regime disciplinar

¹ Disponível em: <<https://norbertoavena.com.br/pratica-de-fato-definido-como-crime-doloso-no-curso-da-execucao/>>. Acesso em: 03 jun.2018.

diferenciado, conforme será aprofundado por ocasião da análise das sanções aplicáveis às hipóteses de falta grave (AVENA, 2014, p. 95).

3.2 DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE

As sanções disciplinares consistentes em advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento em cela individual, devem ser aplicadas pelo diretor do estabelecimento prisional, mediante ato motivado. Já a inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado é condicionada à decisão fundamentada do juiz competente, conforme leciona o art. 54, *caput*, da LEP.

Conforme bem assinala Mirabete (2004, p. 168), é evidente que não se exigirá do diretor da casa prisional que elabore uma decisão com todos os requisitos de uma sentença penal, pois não se trata de uma manifestação jurisdicional. Porém, é obrigatório que constem os indícios que comprovem a existência e a autoria da falta em comento, bem como as razões relativas às circunstâncias do fato e do autor que levaram à aplicação de determinada sanção e sua duração.

A aplicação de quaisquer dessas sanções deve sempre ser antecedida pela instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) no âmbito do estabelecimento prisional, consoante o disposto no art. 59 da LEP, que vem ao encontro do que preceituam os arts. 47 e 48 da mesma lei. Ao condenado é assegurado o direito de defesa. O próprio STJ consolidou a indispensabilidade da previa instauração de PAD através da Súmula 533, que prevê o seguinte:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.²

A doutrina discute a respeito da necessidade de defesa técnica durante o PAD, dividindo-se em duas correntes opinativas. A primeira advoga que a defesa técnica é prescindível, e pode, inclusive, burocratizar o PAD, cujos trâmites devem ser ágeis. De acordo com esse pensamento, é o bastante que se faculte ao apenado

2

Disponível

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001010%27> . Acesso em: 03 jun. 2018.

defender-se pessoalmente, apresentando a sua versão dos fatos (AVENA, 2014, p. 104). Nucci (2008, p. 1024-1025), endossa essa concepção, sob o fundamento de que o PAD não pode equiparar-se ao processo penal. O autor entende que é suficiente a autodefesa do condenado e, se houver requerimento deste, pode o juiz rever o PAD e determinar uma dilação probatória produzida pelo apenado ou pela administração prisional.

Já a segunda corrente acredita que é imprescindível que o apenado seja assistido no decorrer do PAD por alguém qualificado para tanto, ou seja, um advogado (AVENA, 2014, p. 104). Com a devida vênia, discordamos da corrente doutrinária que entende dispensável a assistência do advogado ao apenado, tendo em vista que a ausência do defensor constitui ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, que assistem o condenado também na execução da pena privativa de liberdade.

Após a instauração do PAD no estabelecimento prisional, distintas situações podem ocorrer. Uma delas é o não reconhecimento da prática de falta grave ou a não apuração de sua autoria, ocasião em que nenhuma sanção será aplicada. Outra hipótese, é no sentido de que seja reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza leve ou média, quando caberá à direção da casa prisional aplicar a sanção cabível, conforme preceituam os arts. 47 e 54, *caput*, da LEP, que será a advertência verbal ou a repreensão, de acordo com o art. 53, incisos I e II da LEP (AVENA, 2014, p. 105).

Por fim, caso reconheça a prática de falta grave, a direção do estabelecimento prisional pode tomar duas medidas diferentes. A primeira delas é aplicar a sanção disciplinar de suspensão ou restrição de direitos ou isolamento em cela individual (art. 53, incisos III e IV, da LEP), com base nos arts. 47 e 54, *caput*, também da LEP. A mesma lei ainda prevê, em seu art. 48, parágrafo único, que a direção da casa prisional é incumbida de representar perante o juízo das execuções penais para fins de regressão de regime (art. 118, inciso I), revogação de saídas temporárias (art. 125) e perda de dias remidos (art. 127). A segunda opção que assiste à direção do estabelecimento prisional consiste em requerer ao juízo da execução, com fulcro nos ditames do art. 54, § 1º, da LEP, a inclusão do condenado no regime disciplinar diferenciado (RDD), caso a falta grave cometida acarrete subversão da ordem ou disciplina internas do presídio. Nessa hipótese, após

manifestação do Ministério Público e da defesa, o juiz decidirá no prazo de quinze dias, conforme prevê o art. 54, §§ 1º e 2º (AVENA, 2014, p. 105).

Contra o ato motivado da direção do estabelecimento prisional não há recurso previsto em lei, no entanto, em casos de ilegalidade, pode ser suscitado perante o competente juízo da execução o incidente de excesso ou desvio de execução, previsto no art. 185 da LEP. Já em relação às decisões emanadas pelo juízo da execução, é cabível o recurso de agravo em execução, conforme leciona o art.197 da LEP (MIRABETE, 2004, p. 156).

A LEP é silente acerca da sujeição das faltas disciplinares a prazo prescricional. Assim, entende-se adequada a adoção do menor prazo previsto no art.109 do Código Penal, que é de três anos para fatos ocorridos após a alteração trazida pela Lei nº 12.234/2010, ou de dois anos para os fatos ocorridos antes da vigência da mencionada Lei (AVENA, 2014, p. 89).

Após a apuração e homologação da falta disciplinar de natureza grave, esta é registrada no prontuário do condenado, e traz reflexos na análise da concessão ou manutenção de benefícios. A prática de falta grave acarreta ao apenado à aplicação das sanções disciplinares consistentes na suspensão ou restrição de direitos do preso, no isolamento na própria cela ou em local adequado e na inclusão do regime disciplinar diferenciado, conforme preceitua o art. 53, incisos III e V, da LEP (AVENA, 2014, p. 89).

A inclusão do condenado no RDD somente pode ser aplicada por decisão fundamentada do juiz, enquanto a suspensão ou restrição de direitos do preso e o isolamento na própria cela ou em local adequado podem ser impostas por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional, conforme os artigos 47 e 54, *caput*, da LEP (AVENA, 2014, p. 89).

Schmidt (2007, p. 262-263) critica a aplicação antecipada de sanções, como o isolamento cautelar. O autor assinala que muitas vezes não é demonstrada a efetiva necessidade do sancionamento antes da conclusão do PAD, violando-se o princípio constitucional da presunção de inocência. Essa constitucionalização do PAD, tal como este se desenvolve, acaba investindo-lhe de natureza jurisdicional, o que é inadmissível, se ponderarmos que a sanção aplicada terá o condão de restringir a liberdade de um cidadão, mesmo tendo sido emanada de autoridade administrativa.

3.3 SANÇÕES E REFLEXOS DA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE

A LEP prevê a aplicação das sanções disciplinares insculpidas nos incisos III a V de seu art. 53 ao condenado que comete falta grave, consistentes na suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela, ou em local adequado e, por fim, na inclusão no regime disciplinar diferenciado. Esse rol é taxativo, não sendo admitida a sua ampliação.

A aplicação da sanção deve ser individualizada e proporcional à conduta, aferindo-se no caso concreto as circunstâncias e a gravidade do fato e as circunstâncias pessoais do condenado (MARCÃO, 2012, p. 65).

3.3.1 Suspensão ou restrição de direitos

A suspensão ou restrição de direitos, como penalidade disciplinar, implica a restrição dos direitos à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e recreação; à visita do cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias determinados, e ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, leitura e outros meios de informação, conforme se depreende da leitura conjugada dos arts. 53, inciso III, e 41, parágrafo único da LEP. Assim como as demais sanções, a penalidade será imposta por ato motivado do diretor do estabelecimento (art. 54, *caput*, da LEP) e terá duração máxima de trinta dias, ressalvada a hipótese de ser consequência de inserção do condenado no RDD, conforme conta no art.58 da LEP (AVENA, 2014, p. 103).

3.3.2 Isolamento na própria cela ou em local adequado

É uma sanção severa, que deve observar as exigências do art. 88 da LEP, de que a cela conte com salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, e área mínima de seis metros quadrados, além de outras exigências especiais direcionadas a estabelecimentos prisionais que abrigam as condenadas e seus filhos, contidas no art. 89. O isolamento deverá ser aplicado por ato motivado e

comunicado ao juízo da execução, não podendo exceder a duração de trinta dias. É vedado, ainda, o uso de cela escura, conforme preceitua o art. 45, § 2º da LEP (AVENA, 2014, p. 103).

3.3.3 Inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

O RDD foi introduzido pela Lei nº 10.792/2003, e é caracterizado, basicamente: pela duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de ser repetido por prática de nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada ao condenado; pelo recolhimento em cela individual; pelas visitas semanais de duas pessoas, além de crianças, com duração de até duas horas; e pelo direito de saída para o banho de sol por duas horas diariamente (NUCCI, 2008, p. 1020).

Três são as hipóteses ensejadoras de inclusão do apenado no RDD: a prática de fato definido como crime doloso, tanto por parte do preso condenado, quanto por parte do preso provisório, que prejudique a ordem e disciplina internas do estabelecimento prisional; quando o condenado ou preso provisório representar alto risco para a ordem ou segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade, e, por fim, quando o condenado ou preso provisório estiver envolvido com organização ou associação criminosa, sendo suficiente fundada suspeita (NUCCI, 2008, p. 1020-1021).

A inclusão do preso no RDD se dá mediante decisão judicial proferida pelo juízo da execução. A legitimidade para requerer a medida recai sobre a direção do estabelecimento prisional, ou outra autoridade administrativa, conforme dispõe o art. 54, § 1º da LEP, em que pese parte da doutrina tenha o entendimento de que ao Ministério Público também se deveria atribuir legitimidade para tanto (AVENA, 2014, p. 99-100).

Apresentado o pedido de inclusão do preso no RDD, devem manifestar-se a respeito o Ministério Público e a defesa do apenado, no prazo de três dias para cada um. Em seguida, o juiz da execução dará o seu veredito, no prazo de quinze dias. Contra a decisão por ele proferida é cabível o recurso de agravo em execução, com base no art. 197 da LEP (AVENA, 2014, p. 100).

Há, ainda, a possibilidade de que o preso seja incluído preventivamente no RDD, isto é, sem a prévia oitiva do Ministério Público e da defesa, consoante dispõe

o art. 64, *caput*, segunda parte, da LEP. A permanência máxima do condenado na modalidade preventiva é de dez dias, mesmo prazo em que o juízo deve se manifestar a respeito da inclusão definitiva ou não do preso no RDD. Essa inserção antecipada no RDD deve ter por fundamento a necessidade da disciplina e da averiguação dos fatos, e não pode ocorrer sem a prévia instauração de PAD, devendo ainda, serem descontados os dias em que o apenado esteja preventivamente no RDD do tempo final estipulado para a sanção (AVENA, 2014, p. 100-101).

Carvalho e Freire (2007, p. 278-279) criticam incisivamente o RDD, que para eles, institucionaliza a “profunda dicotomia entre os presos portadores de direitos e os inimigos”. Acrescentam que esse tipo de sanção não se dirige especificamente aos fatos, e sim aos seus autores, que para a administração penitenciária representam um risco social, difundindo ainda mais a contenção dos “socialmente indesejáveis” ou “corpos excedentes”.

3.3.4 Reflexos sobre benefícios na execução da pena

Não fosse o bastante as sanções já previstas, acima explanadas, as infrações disciplinares podem ter reflexos também sobre os benefícios aos quais o apenado faz jus ao longo do cumprimento de sua pena. A falta grave pode implicar a regressão do regime carcerário (art. 118, I, da LEP), a revogação do benefício da saída temporária (art. 125 da LEP), a perda de dias remidos pelo trabalho (art. 127 da LEP) e, conforme a jurisprudência do STJ e do STF, interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios. Isso acarreta o reinício, por exemplo, da contagem do prazo progressão de regime carcerário (um sexto da pena, nos termos do art. 112 da LEP, e dois quintos ou três quintos a pena, no caso de condenação por crime hediondo, conforme primário ou reincidente o apenado, respectivamente). Ressalva-se, contudo, o disposto na Súmula 441 do STJ, segundo a qual a falta grave não interrompe o prazo para obtenção do livramento condicional (AVENA, 2014, p. 89).

O cometimento de infração disciplinar grave pode levar à regressão de regime prisional, que implicará a passagem do regime aberto para o semiaberto, ou deste para o fechado. A regressão do regime carcerário se dará sempre de forma gradual,

escalonada, e nunca aos saltos. Na regressão de regime é imprescindível a estrita observância de princípios como o da ampla defesa e o do contraditório. Não pode o juiz da execução decidir sobre a regressão prisional do condenado sem antes oportunizar sua prévia oitiva, conforme dispõe o art. 118, § 2º, da LEP (MARCÃO, 2012, p. 76).

Nas hipóteses de fuga, comuns na rotina das execuções penais, antes da regressão definitiva o juiz deverá aprazar audiência de justificação, e a notificação do executado, a fim de que a ela compareça para apresentar sua versão a respeito dos fatos imputados, caso assim deseje. Se a recaptura do condenado ainda não tiver ocorrido, este será notificado por edital. Em qualquer caso, oportunizada a manifestação do condenado, em seguida, nessa mesma solenidade será procedida a manifestação do Ministério Público e da defesa, após o que será proferida decisão a respeito da regressão (MARCÃO, 2012, p. 77).

O juízo da execução também possui competência para proferir decisão determinando a regressão cautelar do condenado, especialmente nos casos de fuga. Nesses casos, demonstrada a real necessidade e imperiosidade da medida, o juízo determinará a regressão prisional cautelar, do regime aberto para o semiaberto, ou deste para o fechado, caso a caso, esclarecendo que a regressão definitiva será objeto de decisão após a apuração judicial da falta cometida pelo condenado, que se submete a regular procedimento, com ampla defesa, contraditório etc. Em algumas situações a medida é imprescindível, como no caso de descumprimento de condições de permanência no regime aberto, para que se possa agilizar a prisão do condenado e sua oitiva no procedimento de apuração da falta e também na tramitação do pedido específico de regressão. A fuga do regime semiaberto também tem sido objeto decisões de regressão cautelar, e a esse respeito a jurisprudência tem se assentado no sentido de que inexistente ilegalidade na remoção cautelar do condenado do regime semiaberto para o fechado enquanto dura a apuração de falta grave por ele cometida, pois a regressão provisória é faculdade do Juiz da Execução (MARCÃO, 2012, p. 77).

A prática de falta grave revela absoluta ausência de mérito do condenado e interrompe o lapso temporal para a progressão de regime prisional, influenciando o requisito objetivo. Cometida a infração disciplinar de natureza grave pelo condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, inicia-se a partir de tal data

a nova contagem da fração de pena exigida como requisito objetivo da progressão (MARCÃO, 2012, p.131).

Já o benefício de saída temporária será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso (MARCÃO, 2012, p. 161).

O art. 125, *caput*, da LEP trata a prática de fato definido como crime doloso e a punição por falta grave como causas de revogação automática do benefício de saída temporária, sendo certo que a prática de fato definido como crime doloso ou de falta grave impõe a regressão de regime prisional, conforme o disposto no art. 118, I, da mesma Lei. Sendo assim, estando o preso condenado e cumprindo a reprimenda no regime semiaberto quando da obtenção do benefício de saída temporária, tais condutas acarretarão, em função da regressão, seu ingresso no regime fechado, no qual não se admite o benefício de saída temporária. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do mérito do condenado, conforme preceitua o art.125, parágrafo único, da LEP (MARCÃO, 2012, p. 161).

Nesse sentido, somente a absolvição criminal definitiva, com trânsito em julgado ao menos para o Ministério Público, é que pode ensejar a recuperação do benefício da saída temporária. O cancelamento da punição disciplinar poderá decorrer de decisão administrativa ou judicial. Absolvido o preso no processo penal que deu causa à revogação do benefício, cancelada a punição disciplinar ensejadora da punição ou havendo demonstração de mérito por parte do condenado, volta-se ao estado anterior. Restabelece-se, assim, o direito à obtenção de saída temporária, que a cada pedido dependerá do preenchimento dos mesmos requisitos objetivos e subjetivos, cabendo ao juiz a que se submeter à apreciação decidir de forma motivada, sem dispensa da prévia oitiva do Ministério Público. (MARCÃO, 2012, p. 162).

É rotineira, também a decretação, pela autoridade judiciária, da perda dos dias remidos em razão da prática de falta disciplinar grave. A nova redação do art. 127 da LEP, dada pela Lei nº 12.433, de 2011, que possui aplicação retroativa, faculta ao juiz a determinação da perda de até um terço dos dias remidos, recomeçando a contagem da remição a partir da data da prática da falta grave. A

redação do referido artigo é problemática, tendo em vista o fato de que não faz menção à necessidade de apuração e punição por falta grave para a determinação da perda da remição. Isso pode ensejar que alguns interpretem suficiente a simples prática de falta grave, e que a perda da remição seja decretada de antemão (MARCÃO, 2012, p. 171-172).

Questiona-se o fato de que o juiz, decidindo pela perda da remição, revoga sua própria decisão que homologou os dias a remir, colocando em dúvida o respeito à coisa julgada. Até mesmo a remição ainda não homologada em juízo se sujeita a perda pelo cometimento de falta grave. Não há recepção constitucional para a hipótese, que ofende o direito adquirido, insculpido no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (SCHMIDT, 2007, p. 229).

Por fim, a prática de falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional, conforme decidiu o STJ, por meio da Súmula 441. Já para fins de indulto e comutação de pena, o cometimento de falta grave não interrompe automaticamente o prazo para o seu deferimento. A concessão desses benefícios deverá obedecer aos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.³

3

Disponível

em

<https://www.google.com.br/search?q=consequencias+da+falta+grave&ei=GeEOW8tFhY7CBMSajfAF&start=20&sa=N&biw=1440&bih=794>. Acesso em 30 mai. 2018.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Conforme se observou no capítulo anterior, as consequências da prática de falta disciplinar de natureza grave são variáveis de acordo com as circunstâncias da infração e o seu grau de seriedade. A maior ou menor severidade das consequências dependerá do que decidir o juízo da execução, que deverá sopesar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Isso abre espaço para excessos punitivos e desvios de competência, que podem ser discutidos em sede de agravo em execução penal.

Para verificar como esses institutos da LEP são interpretados pela jurisprudência, serão analisados, a seguir, dez acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), por ocasião do julgamento de recursos de agravo em execução. As decisões foram retiradas do sítio do Tribunal na internet, a partir de uma amostra de 149 acórdãos, correspondentes ao total de recursos de agravo em execução publicados no mês de novembro do ano de 2017.

4.1 AGRAVO EM EXECUÇÃO N.º 70075432625

O acórdão em questão foi extraído do julgamento do Agravo em Execução nº 70075432625, originário da Comarca de Novo Hamburgo. O processo foi distribuído para a Quinta Câmara Criminal do TJRS, e teve relatoria do Desembargador João Batista Marques Tovo. A decisão foi assim ementada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. FALTA GRAVE RECONHECIDA. PRÁTICA DE NOVOS DELITO NO CURSO DA EXECUÇÃO. PEDIDO RECURSAL DE QUE SEJA AFASTADO O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO, TENDO EM VISTA CONFIGURAR *BIS IN IDEM* e violação à garantia da presunção de inocência, OU, QUANDO MENOS, OS CONSECUTÓRIOS IMPOSTOS, EIS QUE DESPROPORCIONAIS. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO, PARA REVOGAR A DECISÃO E AFASTAR OS CONSECUTÓRIOS QUE APLICOU EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO, EM AFRONTA À SÚMULA N.º 533 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NA MEDIDA EM QUE NÃO HOUVE PAD, tampouco realização de audiência, prejudicando o exame do mérito recursal.

Preliminar suscitada pelo Relator acolhida para conceder *habeas corpus* de ofício.

Exame do mérito recursal prejudicado.

O recurso foi interposto pelo apenado, contra a decisão do juízo *a quo* que reconheceu, de ofício, a prática de falta disciplinar grave consistente na superveniência de condenação por crime doloso durante a execução da pena. Insurge-se ainda, contra a determinação da regressão do regime carcerário para o fechado e da perda de um terço dos dias remidos.

A defesa sustentou que o apenado já foi punido pelo novo crime, uma vez que sobreveio sua condenação. Asseverou que o sancionamento também em sede de falta grave acarreta *bis in idem*, e pediu o afastamento do reconhecimento da falta grave, da regressão do regime carcerário e da perda dos dias remidos.

O relator suscitou preliminar de nulidade da decisão de origem, e se manifestou pela concessão de *habeas corpus* de ofício, para revogar a decisão combatida e determinar o restabelecimento do *status quo ante* do apenado. Para fundamentar sua decisão, o magistrado invocou a Súmula 533⁴ do STJ, e afirma que é necessário observar a independência de atuação das esferas de poder, de modo que o ato administrativo é insubstituível. Aduziu que não se pode afastar a falta grave da apreciação judicial, mas este fato não autoriza o juiz a chamar para si a exclusividade da ação administrativa potencialmente lesiva, pois o judiciário deve controlar a legalidade da atividade da administração prisional, não aplicar a sanção em seu lugar.

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso.

A decisão no sentido de acolher a preliminar suscitada pelo relator para conceder *habeas corpus* de ofício, revogando a decisão vergastada, para restabelecer o *status quo ante* do apenado, julgando prejudicado o exame do mérito do recurso, foi acompanhada pelos demais membros do julgamento, e proferida, portanto, à unanimidade.

Acertada a decisão da Corte, tendo em vista a flagrante ilegalidade da decisão de primeiro grau. Tem-se a violação não apenas do princípio constitucional da separação dos poderes, como também da própria norma vinculante proferida pelo STJ.

4

Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001010%27>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

4.2 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074795089

Trata-se de acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do TJRS, de relatoria do Desembargador (e admirável professor) Ingo Wolfgang Sarlet. O processo é originário da comarca de Santo Ângelo, e o julgamento foi ementado da seguinte maneira:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. POSSE DE APARELHO CELULAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DO APENADO OU DE SEU DEFENSOR QUANDO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. 1. Para a análise da ocorrência de falta grave é imprescindível a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, nos termos da Súmula nº 533 do Superior Tribunal de Justiça, o qual deve ser remetido ao Juízo de Execução, que designará a audiência de justificação prevista no artigo 118, § 2º, da LEP, se necessário, a fim de decidir sobre o reconhecimento judicial da conduta faltosa e aplicar as sanções cabíveis. 2. A oitiva das testemunhas sem a presença de defensor constituído e/ou do apenado configura violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório. 3. A única prova do ocorrido, qual seja, os depoimentos dos agentes penitenciários, não foi submetida ao crivo do contraditório, visto que as testemunhas foram ouvidas sem a presença do apenado e/ou de seu defensor técnico, inviabilizando o uso de tal prova para a formação de juízo condenatório da falta disciplinar. RECURSO PROVIDO.

Em seu recurso, o apenado insurgiu-se contra o reconhecimento da falta grave consistente na posse aparelho celular, com *chip* e bateria, que acarretou a alteração da data-base para concessão de benefícios e a perda de um sexto dos dias remidos.

O relator asseverou que o PAD homologado em desfavor do apenado foi instruído apenas com o depoimento de quatro agentes penitenciários, sendo dois deles os que avistaram o aparelho telefônico em posse do apenado, e outros dois os que realizaram a apreensão do aparelho. Frisou que tais depoimentos foram colhidos sem a presença do apenado ou de seu defensor, motivo pelo qual houve claro cerceamento de defesa.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento da inconformidade recursal.

Sob o fundamento da violação dos direitos do apenado à ampla defesa e ao contraditório, foi proferido voto pelo provimento do agravo em execução defensivo, para afastar o reconhecimento da prática de falta grave e a aplicação de seus

consectários legais. O veredicto do relator foi acompanhado pelos demais membros do colegiado, e proferido, portanto, à unanimidade.

A decisão de segunda instância em análise revela a ideia já consignada neste trabalho de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são extensivos também à execução penal, não podendo ser afastados, sob pena de nulidade.

4.3 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075764399

A decisão em análise foi proferida por ocasião do julgamento do Agravo em Execução nº 70075764399, cujo processo de origem é da comarca de Santiago. A ementa do aresto possui o seguinte teor:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. trabalho externo. ausência do local da prestação de serviço. aplicação das sanções disciplinares previstas na lep. impossibilidade. Não se situa no âmbito de incidência da norma contida no art. 50, inc. VI, da lei da Execução Penal, o descumprimento pelo apenado de condições estabelecidas por ocasião da concessão do benefício do trabalho externo, com o que não constitui falta grave e pode gerar, tão-somente, a revogação da autorização para trabalhar externamente (LEP, art. 37, parágrafo único), Decisão reformada, em parte, mantida a revogação do benefício do trabalho externo.
AGRAVO PROVIDO, EM PARTE.

A defesa agravou da decisão que reconheceu a prática de falta grave consistente na ausência do apenado, por cerca de trinta minutos, do posto de trabalho externo, bem como determinou a regressão do regime carcerário para o fechado, a alteração da data-base para a concessão de benefícios para a data da falta e a perda de um terço dos dias remidos. Pediu que fosse acolhida a justificativa do apenado, que afirmou ter se ausentado do local de trabalho para levar sua esposa ao fórum da comarca, que fica no mesmo bairro. Postulou, subsidiariamente, fosse considerada a infração como falta média, com aplicação apenas da sanção de advertência ou a de regressão do regime carcerário, conservando-se os dias remidos.

O relator, Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, aduziu que, conforme se depreende da leitura dos arts. 36, § 3º, e 39, inciso V, ambos da LEP,

constitui dever do apenado apenas o trabalho interno nas dependências do estabelecimento prisional. Já o trabalho externo, em serviços ou obras públicas, é um benefício do apenado, cuja concessão depende da concordância deste. Dessa forma, a hipótese em análise não se insere no contexto de abrangência do art. 50 da LEP, não havendo falar em prática de falta grave, mas tão somente na revogação do benefício do trabalho externo.

A Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo desprovemento do agravo em execução.

À unanimidade, os magistrados decidiram por dar parcial provimento ao recurso defensivo, para afastar o reconhecimento da falta grave e as sanções impostas ao apenado, mantendo, contudo, a revogação do trabalho externo.

No presente caso, não há, de fato, embasamento legal para se admitir que o descumprimento de condições do trabalho externo possa se inserir nas hipóteses elencadas no art. 50 da LEP. Em sendo esse rol taxativo, não se pode ampliá-lo analogicamente, sobretudo para punir o condenado por violar obrigações de um trabalho que não lhe é legalmente um dever.

4.4 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075223438

O acórdão em questão foi extraído do julgamento do Agravo em Execução nº 70075223438, distribuído à Sétima Câmara Criminal do TJRS. O processo teve origem na comarca de Cachoeirinha, e a ementa da decisão nele proferida tem o seguinte conteúdo:

Agravo em execução. Indulto. Ausência de reconhecimento de falta grave nos 12 meses anteriores à publicação do decreto. Deferimento do benefício.

Conforme enunciado da Súmula nº 535 do STJ, a prática de falta grave nos 12 meses anteriores à publicação do Decreto que regula o indulto e a comutação, não impede a concessão dos benefícios. *In casu*, o apenado não teve falta grave homologada no período de 12 meses anteriores à publicação do Decreto nº 8.615/2015, razão pela qual o apenado faz jus ao indulto.

Agravo provido.

Trata-se de inconformidade do apenado em relação a decisão que indeferiu seu pedido de indulto. A defesa afirmou que a falta grave foi perpetrada pelo

apenado em 04/01/2016, dentro, portanto, da vigência da Súmula 535⁵ do STJ e obedecendo aos requisitos do art. 5º, §1º, do Decreto 8.614/15⁶.

O relator, Desembargador José Antônio Daltoé Cezar, apresentou fundamentação no sentido de que o apenado preenche os requisitos constantes no decreto supramencionado, não tendo nenhuma falta disciplinar grave homologada nos doze meses anteriores à publicação do decreto. Asseverou, ainda, que a Súmula 535 do STJ prevê que a prática de falta grave não constitui óbice à concessão do indulto.

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso.

O recurso foi provido, à unanimidade, para que fosse deferido o indulto ao apenado.

Observa-se, da leitura do acórdão, o papel que os próprios magistrados desempenham na hipertrofia do Poder Judiciário. Um caso relativamente simples, de verificação do preenchimento, pelo apenado, de requisitos necessários à concessão do indulto, transforma-se em um espaço de, aparentemente, manifestação ideológica do magistrado. Isso porque não há outro fundamento plausível para não reconhecer um direito ao qual o apenado faz jus, conforme a Corte constatou.

4.5 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075371658

A decisão sob exame é oriunda do julgamento do Agravo em Execução nº 70075371658, pela Sétima Câmara Criminal do TJRS. O processo é originário da Comarca de Novo Hamburgo. A ementa foi redigida conforme segue:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO NO PERÍODO DE PROVA. REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.

Os artigos 88 do Código Penal e 142 da Lei de Execução Penal dispõem que, exceto nos casos em que a condenação superveniente que acarretar a revogação do livramento seja por crime cometido antes da concessão do benefício, o período em que o preso esteve no gozo do benefício não será computado como pena cumprida.

Recurso desprovido.

⁵ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001012%27>. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8614.htm. Acesso em 19 jun. 2018.

A defesa se opôs à decisão que revogou o benefício do livramento condicional do apenado, em função do cometimento de novo delito. Sustentou que a perda do período de prova não prospera, pois ainda que o condenado estivesse em liberdade condicional quando cometeu o novo delito, os arts. 142 da LEP e 88 do Código Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

A relatora, Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, entendeu que, em função da superveniência de condenação por crime cometido durante o livramento condicional, o tempo em que o condenado esteve em liberdade não poderá ser computado como pena cumprida. Fundamentou sua decisão nos arts. 142 da LEP e 88 do Código Penal, frisando que seus conteúdos devem ser observados, pois devidamente recepcionados pela Constituição Federal.

A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso.

À unanimidade, os desembargadores votaram pelo desprovimento do recurso defensivo.

4.6 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074727595

O acórdão em análise foi extraído do julgamento do Agravo em Execução originário da comarca de Quaraí, tombado sob o nº 70074727595, realizado pela Quarta Câmara Criminal do TJRS. A decisão foi assim ementada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. LESÃO CORPORAL RESULTANTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. FALTA GRAVE. INDISPENSÁVEL A INSTAURAÇÃO DE PAD E DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. DECISÃO DESCONSTITUÍDA. PROVIMENTO. UNANIME.

O mérito recursal consiste na inconformidade do Ministério Público em relação à decisão do Juízo *a quo* que deixou de instaurar PAD e de realizar audiência de justificação para apurar a prática de falta grave pelo apenado, consistente no cometimento de novo crime durante a execução da pena. O *Parquet* alegou que o crime cometido pelo apenado é de ação penal pública incondicionada, de modo que não cabe a retratação da vítima para trancar o processo. Afirmou,

ainda, que em se tratando de crime doloso é imperativa a necessidade da instauração de PAD.

O relator, Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, aduziu que a irresignação ministerial merece acolhida. Destacou que foi comprovada a existência de boletim de ocorrência lavrado em desfavor do apenado, imputando a este o crime de violência doméstica, em razão da representação feita por sua esposa. Frisou que a Súmula 542⁷ do STJ prevê a desnecessidade de representação para o processamento da ação penal, e conclui pela necessidade de instauração de PAD e designação de audiência de justificação, para oitiva do condenado.

A Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo provimento do agravo em execução.

À unanimidade, os magistrados deram provimento ao agravo em execução ministerial, para revogar a decisão combatida e determinar a instauração de PAD e audiência de justificação do apenado.

4.7 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074876897

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, tombado sob o nº 70074876897, distribuído à Oitava Câmara Criminal do TJRS. O processo é originário da comarca de Novo Hamburgo, e seu julgamento foi assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FUGA. FALTA GRAVE. CONSECTÁRIOS

1. REGRESSÃO DE REGIME. *A fuga empreendida pelo apenado remete à aplicação do art. 118, I da LEP, que sujeita o infrator à regressão de regime de cumprimento da pena. Desajustamento do segregado com o regime em que estava a cumprir a reprimenda que lhe foi imposta e à benesse que usufruía, revelando, sua conduta, comprometimento sério à execução, frustrando uma das finalidades fundamentais do sistema execucional, identificada como a reinserção social, com o que o Estado, que exerce tal mister, não se pode compadecer. Precedentes do Pretório Excelso. Inexistência de afronta a qualquer princípio de dignidade constitucional, não se havendo falar em suficiência da regressão cautelar. Regressão de regime ao semiaberto decretada.*

2. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. *O cometimento de falta grave interrompe a contabilização do prazo para obtenção de futuros benefícios – exceto livramento condicional, indulto e comutação –, impondo-se a fixação de novo termo para a contagem dos prazos. Havendo regressão de regime, o marco, para tanto, será a data do*

⁷ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001019%27>. Acesso em 20 jun. 2018.

ingresso no regime mais gravoso. Inteligência do art. 112 da LEP, que exige o cumprimento de 1/6 de pena no regime anterior para que possa obter a progressão. Súmula nº 534 do E. STJ e precedentes do E. STF. Fixação do novo “dies a quo” para nova progressão de regime (limitação recursal) como sendo a data da recaptura – 09.08.2016 –, porque de praxe a regressão cautelar. Alteração da data-base que se impõe.

3. REMIÇÃO. ART. 127 DA LEP. LEI Nº 12.433/2011. REVOGAÇÃO DE ATÉ 1/3 DO TEMPO REMIDO. *O reconhecimento da falta grave enseja a revogação de até 1/3 do tempo remido, nos termos do art. 127 da LEP, com redação dada pela Lei nº 12.433/2011. Considerando que a nova lei tem o intuito de beneficiar o apenado que exerce atividade laboral, a interpretação do dispositivo em questão deve contemplar, estritamente, os dias declarados remidos e computados na pena, não englobando aqueles ainda não declarados judicialmente, uma vez que menciona, tão somente, o tempo remido, ou seja, os dias declarados judicialmente. Hipótese em que, não sendo possível a declaração de perda de dias a remir, nem a guia de recolhimento do agravante informando a existência de dias remidos até a data de falta, não merece provimento o agravo, no ponto.*

AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. REGREDIDO O REGIME PARA O SEMIABERTO. DATA-BASE PARA NOVA PROGRESSÃO ALTERADA PARA A DATA DA RECAPTURA – 09.08.2016. DECISÃO MANTIDA QUANTO AO MAIS, POR MAIORIA.

Em suas razões, o Ministério Público inconformou-se com a decisão que homologou o PAD e reconheceu a prática de falta disciplinar grave, qual seja, fuga da casa prisional, mas deixou de aplicar os seus consectários legais. Ofereceu argumentação no sentido de que o fato de o condenado ter ficado recolhido sob regime mais gravoso por aproximadamente um ano não obsta a aplicação das consequências legais da falta grave. Pediu que fosse regredido o regime carcerário, alterada a data-base para progressão de regime e decretada a perda de um terço dos dias remidos.

A relatora, Desembargadora Fabianne Breton Baisch, asseverou que o condenado revelou, com sua conduta, desajustamento ao benefício do qual estava usufruindo, pois estava sob monitoramento eletrônico. Defendeu que sua atitude demonstrou descaso com as normas de disciplina, pelo que a regressão do regime para o semiaberto se faz necessária. Acrescentou que uma vez alterado o regime carcerário, deve ser modificada também a data-base para nova progressão de regime, para o dia em que o condenado foi recapturado. Deixou de decretar a perda da remição por ainda não haver dias remidos na guia de execução penal do apenado, apenas dias a remir, que não podem ser revogados por força da lei 12.433/2011, que vigorava à época da decisão.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo em execução.

O desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira divergiu, sem seu voto, quanto a não decretação da perda dos dias a remir. Defendeu que a remição está sujeita a condição resolutiva, gerando apenas uma expectativa de direito. Aduziu que a norma não faz diferenciação entre dias remidos e dias a remir, e que concluir de maneira diversa implica em violar o princípio da isonomia entre os condenados. Votou pela decretação da perda dos dias a remir.

Tendo em vista que o voto da relatora foi acompanhado pela Desembargadora Isabel de Borba Lucas, por maioria, decidiram por dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para determinar a regressão do regime para o semiaberto e alterar a data-base para nova progressão de regime para o dia da recaptura do condenado, mantendo a decisão combatida nos seus demais aspectos.

4.8 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70074837378

O presente recurso, de nº 70074837378, é originário da comarca de Encantado, e foi julgado pela Terceira Câmara Criminal do TJRS. A ementa foi assim redigida:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. INDISCIPLINA. EMBRIAGUEZ. TRÊS OCORRÊNCIAS. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACOLHIMENTO. 1. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal prevê o dever de fundamentação das decisões judiciais. Importa lembrar que tal garantia impõe não somente a exposições dos motivos que levaram o Magistrado a decidir, mas também que tais razões sejam claras e delimitem de forma expressa o que está sendo decidido. 2. No caso dos autos, uma das condutas apuradas não é de natureza grave (embriaguez), ausente qualquer argumento sobre tal ponto. Quanto à suposta indisciplina, nada é comentado. Por fim, há suposto erro material, uma vez que foi reconhecida falta disciplinar prevista no artigo 50, inciso II, da LEP (fuga), da qual não há notícias nos autos. Assim, a decisão não se fez clara sobre os fatos apurados e reconhecidos, ausente razão de decidir clara, em afronta à garantia de fundamentação das decisões. PRELIMINAR ACOLHIDA. DECISÃO ANULADA.

A defesa do apenado, em suas razões, insurgiu-se quanto a homologação de três PADs e o conseqüente reconhecimento de faltas disciplinares de natureza grave (embriaguez, por duas vezes, e indisciplina), que culminou na regressão do regime carcerário para o fechado, na alteração da data-base e na perda de um terço dos

dias remidos. Alegou que a decisão viola o art. 93, IX, da Constituição Federal, pois carece de fundamentação e enfrentamento das teses defensivas.

Em seu voto, o relator Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, acolheu a preliminar defensiva, não pelo argumento do não enfrentamento de todas as teses, mas sim pela fundamentação genérica e precária da decisão combatida. Afirmou que as condutas perpetradas pelo condenado não foram individualizadas de forma clara, bem como que a embriaguez do apenado não constitui falta de natureza grave, mas média, não sujeita a aplicação dos consectários legais. Por fim, frisou que o juízo *a quo* reconheceu prática de falta grave consistente em fuga, em que pese em sua fundamentação mencione falta consistente em indisciplina, de modo que é insustentável mantê-la.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo em execução.

À unanimidade, os desembargadores acolheram a preliminar defensiva para declarar nula a decisão de primeiro grau, por violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, restaurando-se o *status quo ante* do apenado.

No presente caso, a decisão reformada é juridicamente indefensável. Isso porque, além da evidente confusão argumentativa e falta de fundamentação, viola a taxatividade do rol de faltas graves insculpido no art. 50 da LEP, para considerar a embriaguez como infração disciplinar de natureza grave.

4.9 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075372631

O presente agravo em execução, de nº 70075372631, é originário da comarca de São Borja, e foi distribuído à Segunda Câmara Criminal do TJRS. O acórdão foi assim ementado:

**AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEP).
LIVRAMENTO CONDICIONAL.
INCONFORMIDADE MINISTERIAL.**

Muito embora o agravante tenha implementado o requisito temporal para o alcance do benefício supra referido, bem como tenha sido atestada conduta carcerária satisfatória, não satisfaz os requisitos subjetivos para o livramento condicional, nos termos do artigo 83 do Código Penal.

No caso concreto, conforme a guia de execução penal do agravado, constata-se que foram instaurados cinco procedimentos administrativos disciplinares em desfavor ao mesmo, que já fugiu do estabelecimento prisional.

Diante disso, necessária a reforma da decisão que deferiu o benefício do livramento condicional ao apenado, por descumprimento do requisito subjetivo, consistente na aferição das condições pessoais do condenado.

AGRAVO PROVIDO.

Em seu recurso, o Ministério Público inconformou-se com a decisão que concedeu o livramento condicional ao apenado, sustentando que ele não preenche o requisito subjetivo para a concessão da benesse.

O relator, Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, afirmou, em seu voto, que, de fato, em que pese preencha o requisito objetivo, o histórico do condenado revela a impossibilidade de que ele goze do benefício do livramento condicional. Isso porque foram instaurados cinco procedimentos administrativos disciplinares contra o apenado, que já se evadiu do estabelecimento prisional, mostrando que não possui a responsabilidade e a disciplina necessárias. Votou pelo provimento do agravo em execução, para revogar a decisão que concedeu o livramento condicional ao apenado.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

À unanimidade, os desembargadores votaram pelo provimento do agravo em execução, cassando a decisão que concedeu o livramento condicional ao apenado.

4.10 AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70075241604

O presente agravo em execução, tombado sob o nº 70075241604, é originário da comarca de Porto Alegre, e foi distribuído para a Quinta Câmara Criminal do TJRS. A ementa restou assim redigida:

Agravo em execução ministerial. Decisão que reconheceu originalmente, sem pad, a falta grave (fuga) imputada ao apenado, determinando a perda de um décimo (1/10) dos dias remidos, deixando de reconhecer a prática da falta grave prevista no artigo 52 da Lei nº 7.210/1984, de regredir o regime prisional para o modo fechado, E DE ALTERAR A DATA-BASE. Pedido recursal de que seja reconhecida a infração prevista no artigo 52 da Lei de Execução Penal, sendo determinada, tanto por isso, quanto pela fuga, a regressão ao fechado. Concessão de *habeas corpus* de ofício para afastar o reconhecimento da falta grave (fuga), já que ausente pad, em afronta à súmula nº 533 do superior tribunal de justiça. Não conhecimento do recurso ministerial por impossibilidade jurídica do pedido. Não cabe ao juiz da execução reconhecer a prática de falta grave, competindo-lhe apenas sobrepor as sanções judiciais, se e quando houver válido reconhecimento da infração pela autoridade administrativa competente, o que não ocorreu *in casu*.

***Habeas corpus* de ofício. Recurso ministerial não conhecido. Decisão por maioria de votos.**

O Ministério Público irresignou-se quanto à decisão que reconheceu a prática de falta grave consistente em fuga do estabelecimento prisional, declarou a perda de um décimo dos dias remidos, mas deixou de alterar a data-base, de regredir o regime carcerário e de reconhecer falta grave consistente no cometimento de novo crime doloso no curso da execução da pena, por falta de trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em seu voto, a relatora, Desembargadora Genacéia da Silva Alberton, asseverou que, conforme orientação do STJ, o reconhecimento da falta grave consistente no cometimento de novo crime doloso prescinde do trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo adequado que o juízo singular resista à referida orientação. Entendeu que deve ser reconhecida a falta grave consistente no cometimento de novo crime, com a consequente regressão do regime carcerário.

O Desembargador João Batista Marques Tovo divergiu da relatora, entendendo ser o caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, pois o juízo singular reconheceu a falta grave mesmo sem a anterior instauração de PAD para sua apuração. Alegou que deve ser afastada a falta grave e não conhecido o agravo em execução ministerial, ante a impossibilidade jurídica do pedido. Aduziu que o magistrado não pode tudo, e não deve assumir as funções da autoridade administrativa, pois não tem competência para isso. Votou pela revogação da decisão, com a concessão de *habeas corpus* de ofício, para restabelecer o *status quo ante* do apenado.

A Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo provimento do agravo em execução.

Tendo em vista que a Desembargadora Cristina Pereira Gonzales acompanhou o voto do Desembargador João Batista Marques Tovo, decidiu-se, por maioria, pelo não conhecimento do agravo em execução ministerial e pela concessão de *habeas corpus* de ofício, para restabelecer o *status quo ante* do apenado.

Aqui, mais uma vez, observa-se a extrapolação da competência do juízo da execução, que invocou para si a atividade cabível à administração prisional, reconhecendo de ofício a infração disciplinar de natureza grave. A ocorrência desse

tipo de situação é frequente em razão da natureza jurídica diferenciada da execução penal, que transita entre a esfera administrativa e a judicial.

Mais grave ainda, é o fato de haver irresignação ministerial quanto às sanções decorrentes de uma decisão fora dos parâmetros legais, sem que essa ilegalidade fosse objeto de questionamento. O Ministério Público que atua na proteção dos interesses sociais através do combate à criminalidade, é o mesmo que deve agir contra as ilegalidades de algumas decisões judiciais, como ocorre no presente caso.

A partir da análise conjunta dos dez acórdãos, percebe-se que todos estão gravados de um ponto em comum: a maior rigidez das decisões de primeiro grau. Mesmo estando mais próximos da realidade das casas prisionais de suas comarcas, os julgadores singulares, em regra, proferem decisões com rigor punitivo mais elevado. Além disso, foi constatada a infeliz realidade de que não são raras as decisões carentes de fundamentação adequada, que se utilizam de argumentos vagos e genéricos.

As principais divergências observadas nos julgados dizem respeito à questão interpretativa. Cada julgador pode entender de maneira diferente os dispositivos da LEP, e a partir dessa compreensão, sancionar o apenado. Isso se deve, em boa medida, à textura aberta de alguns dispositivos da Lei atinentes à prática de falta grave e suas possíveis sanções. Os condenados ficam sujeitos à indefinição acerca da gravidade das consequências que a falta grave lhes acarretará, e, via de regra, buscam a tutela de seus direitos na instância recursal, através do maior equilíbrio das decisões colegiadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo tratou de analisar, especificamente em relação aos condenados à pena privativa de liberdade, quais são as espécies de falta disciplinar grave previstas na LEP, qual o procedimento para a sua apuração e quais as consequências que ela pode acarretar ao condenado faltoso.

Iniciou-se com uma contextualização acerca das principais teorias que a doutrina moderna identifica para justificar a aplicação da pena privativa de liberdade. Foram identificadas as teorias absolutas, que fundamentam a pena unicamente no crime que foi cometido; as teorias relativas, que defendem que a pena se destina a evitar que novos crimes sejam cometidos; e, por fim, as teorias mistas, que preveem que a pena é necessária para sancionar o crime cometido, mas deve ser justa, proporcional e adequada à conduta perpetrada.

Em seguida, foram explicitados os principais pensamentos acerca da natureza jurídica da execução penal, a fim de se definir na esfera de qual poder transita o cumprimento da pena. As teorias administrativas entendem que toda atividade posterior à prolação da sentença condenatória fica a cargo da administração penitenciária. Já as teorias jurisdicionais, advogam que todas as decisões relativas ao cumprimento da pena devem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário. As teorias mistas, por sua vez, concebem que os incidentes de execução de caráter jurisdicional e misto devem ser analisados pelo Juízo da execução, mas os de caráter puramente administrativo devem ser resolvidos pela administração prisional.

Concordamos com a concepção que admite que natureza jurídica da execução penal assume contornos tanto administrativos quanto jurisdicionais. Não se trata de atividade puramente jurisdicional, pois a postura da administração das casas prisionais influencia em muito no cumprimento da pena; tampouco de atividade essencialmente administrativa, pois isso acarretaria uma objetificação do condenado, que é, também, sujeito de direitos na execução.

Prosseguiu-se com um panorama de como as prisões foram se modificando ao longo do tempo, e como a execução da pena no país vivencia um momento de profunda crise. Percebeu-se que sob o pretexto de instituir-se a disciplina no interior das prisões, acabam se perpetrando uma série de ilegalidades e de mitigações dos direitos fundamentais dos presos.

Ainda que tenham sido editadas normas acerca das condições mínimas que os estabelecimentos prisionais devem possuir, observou-se que, cada vez mais, as prisões possuem menos estrutura para lidar com a expansiva população carcerária, em muito estimulada pela ideologia do direito penal máximo. O Estado ignora a existência daquele que está encarcerado, sem que nenhum investimento seja feito nestas pessoas.

Feitas as considerações iniciais e desenhado o cenário em que vigora a LEP, passou-se a conceituação das hipóteses de falta disciplinar de natureza grave. As faltas disciplinares de natureza grave passíveis de serem cometidas por condenados à pena privativa de liberdade são aquelas previstas nos arts. 50 e 52 da LEP. Constituem um rol taxativo, que não admite ampliação por lei estadual.

Tão logo esmiuçadas as peculiaridades de cada espécie de falta grave, foram notados os problemas de redação e de conflitos com outras normas e princípios do ordenamento jurídico existentes na LEP.

A Lei, por exemplo, não define o que significa a “subversão à ordem ou à disciplina”, de modo que a administração penitenciária pode, a seu critério, entender que a conduta de um apenado se enquadra nesse conceito vago e indeterminado, de escassa precisão semântica.

Ainda, no tocante à falta grave consistente no cometimento de novo crime doloso pelo condenado, tem-se a indefensável violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois com o mero indiciamento ou oferecimento de denúncia, por exemplo, pode-se submeter o apenado à severa sanção do regime disciplinar diferenciado. Para além, é claro, do questionável *bis in idem* que esse dispositivo pode acarretar, uma vez que pelo novo crime o condenado é punido não só perante a justiça, como também em sede de execução penal.

Foram analisados, também, o procedimento administrativo disciplinar para a apuração da prática de falta de natureza grave, que começa no estabelecimento penal e é finalizado perante o juízo da execução, e, ainda, as sanções aplicáveis ao condenado que comete falta grave. Concluiu-se que as sanções consistem na suspensão ou restrição de direitos, no isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, e na inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Além das mencionadas sanções, foi demonstrado que a prática de falta grave exerce, também, influencia sobre os benefícios a que o condenado tem direito

durante o cumprimento da pena, como as saídas temporárias, a remição, o indulto e a comutação de pena, e a progressão de regime carcerário.

Por fim, foram analisadas dez decisões proferidas pelo TJRS, em sede de agravo em execução, todas publicadas no mês de novembro de 2017. Através da dita análise, foi constatado que na apuração das faltas graves, ocorre, algumas vezes, a subtração, pelos magistrados, da competência das autoridades administrativas. Observou-se o absurdo da apuração, homologação e sancionamento das faltas disciplinares graves, tudo *ex officio*, pelos magistrados, o que culminou na revogação das decisões agravadas.

Ainda nessa esteira, percebeu-se que algumas decisões que negam benefícios a apenados que possuem todos os requisitos necessários à concessão destes, parecem ter um cunho ideológico punitivista ao fundo. Isso acaba por contribuir para a hipertrofia do Poder Judiciário em segunda instância, pois a probabilidade de esse tipo de decisão vir a ser agravada é considerável.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado - 1. ed. - São Paulo : Forense, 2014.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral - Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 mai. 2018.
- BRASIL. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm. Acesso em 15 mai.
- BRASIL. Lei n. 11.466, de 28 de março de 2007. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11466.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.
- BRASIL. Lei n. 12.234, de 05 de maio de 2010. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm. Acesso em 12 abr. 2018.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm. Acesso em 13 mar. 2018.
- BRASIL. Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm. Acesso em 18 abr. 2018.
- BRITO, Alexis Couto de. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**: 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Cristhiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de (Coord.) **Crítica à Execução Penal**: 2ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.792/03, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes. 2009.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. Direito Penitenciário: reflexões e noções preliminares. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). **Temas de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**: 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena) . São Paulo: Saraiva, 2012.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**: 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1- Parte Geral- arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70075432625. Agravante: Ederson de Oliveira Paulo. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Joao Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 08 nov. 2017. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70075432625&num_processo=70075432625&codEmenta=7535139&temIntTeor=true. Acesso em: 29 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70074795089. Agravante: Carlos Roberto de Vargas. Agravado: Ministério Público. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 08 de nov. de 2017. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70074795089&num_processo=70074795089&codEmenta=7535038&temIntTeor=true. Acesso em: 29 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70075764399. Agravante: Adriano dos Santos Prestes. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Honório Goncalves da Silva Neto. Porto Alegre, 22 nov. 2017. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70075764399&num_processo=70075764399&codEmenta=754908&templntTeor=true>. Acesso em: 29 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70075223438. Agravante: Renato Silveira Rosa. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Jose Antonio Daltoé Cezar. Porto Alegre, 03 nov. 2017. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70075223438&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70074795089&site=ementario&as_ep_q=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 05 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70075371658. Agravante: Cesar Moreira da Rocha. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des^a. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Porto Alegre, 06 nov. 2017. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70075371658&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70075223438&site=ementario&as_ep_q=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 05 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70074727595. Agravante: Ministério Público. Agravado: Edgar Ronaldo Barcelos Rodrigues. Relator: Des. Aristides Pedroso Albuquerque Neto. Porto Alegre, 22 nov. 2017. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074727595&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70075371658&site=ementario&as_ep_q=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70074876897. Agravante: Ministério Público. Agravado: Schirleno Andre Spindler Prates. Relatora: Des^a. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 07 nov. 2017. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074876897&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70074727595&site=ementario&as_ep_q=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70074837378. Agravante: Jose Jonas Ferreira. Agravado: Ministério Público. Relator: Des. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074837378&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70074837378&site=ementario&as_ep_q=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>

[site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70074876897&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074876897&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70075372631. Agravante: Ministério Público. Agravado: Joao Bonifácio Santiago Vargas. Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 06 nov. 2017. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70075372631&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70074837378&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 15 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70075241604. Agravante: Ministério Público. Agravado: Robson Lopes Fernandes. Relatora: Des^a. Genaceia da Silva Alberton. Porto Alegre, 20 nov. 2017. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70075241604&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70075372631&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 15 jun. 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Volume I. Madrid: Civitas, 1997.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**: 2^a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**: 2^a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.