

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LAVÍNIA BRAGA DA SILVA ELIAS

O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE PELA PRÁTICA DE FATO
DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UMA ANÁLISE DO TEMA 758 DO STF.

CURITIBA

2023

LAVÍNIA BRAGA DA SILVA ELIAS

O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE PELA PRÁTICA DE FATO
DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: ANÁLISE DO TEMA 758/STF.

Artigo apresentado como requisito parcial à
conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino.

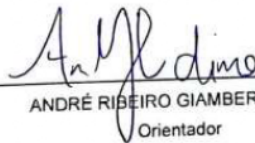
CURITIBA
2023

TERMO DE APROVAÇÃO

O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE PELA PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UM OLHAR PARA ALÉM DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.


LAVÍNIA BRAGA DA SILVA ELIAS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

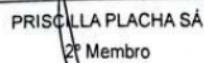


ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Orientador

Coorientador



RUI CARLO DISSENHA
1º Membro



PRISCILLA PLACHA SÁ
2º Membro

“Todos nós somos prisioneiros do nosso egoísmo, uns mais, outros menos, mas talvez não haja maior ajuda para nos livrarmos dele do que conhecermos as pobres criaturas enclausuradas entre os muros de uma penitenciária. “

(Francesco Carnelutti)

O reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso: Análise do tema 758/stf.

Lavínia Braga da Silva Elias

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 776.823 (tema 758) que definiu que “o reconhecimento de falta grave consistente na prática de crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento (...)” e apontar as discussões decorrentes da tese fixada, indo além do debate principal do recurso sobre a violação do princípio da presunção de inocência em razão da prescindibilidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o reconhecimento de falta grave pela prática de fato definido como crime doloso. A partir da discussão sobre a natureza jurídica da execução penal e da aplicação dos princípios constitucionais na execução penal, discute-se a violação de outros princípios constitucionais com a tese fixada pelo STF: o do *ne bis in idem*, no que tange ao acúmulo de sanções penais e administrativas pelo mesmo fato, e os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa durante a realização do procedimento administrativo disciplinar.

Palavras-chave: Execução Penal. Falta grave. Crime doloso. Princípios.

ABSTRACT

This article aims to analyze the decision of the Federal Supreme Court in the judgment of Extraordinary Appeal No. 776,823 (topic 758) which defined that “the recognition of serious misconduct consisting of the commission of an intentional crime in the course of criminal execution exempts the conviction from becoming final. criminal offense in the court of knowledge (...)” and point out the discussions arising from the established thesis, going beyond the main debate of the appeal on the violation of the principle of presumption of innocence due to the indispensability of the final and unappealable conviction of a criminal sentence for the recognition of serious misconduct for the commission of an act defined as an intentional crime. From the discussion on the legal nature of criminal execution and the application of constitutional principles in criminal execution, the violation of other constitutional principles is discussed with the thesis established by the STF: that of *ne bis in idem*, with regard to the accumulation of criminal and administrative sanctions for the same fact, and the principles of due legal process, contradictory and broad defense during the carrying out of the administrative disciplinary procedure.

Keywords: Criminal Execution. Serious misconduct. Intentional crime. Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA EXECUÇÃO PENAL.....	07
2. A DISCUSSÃO SOBRE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS PELO STF.....	09
3. A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL.....	13
3.1 OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	16
3.2 O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....	20
CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS.....	26

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 776.823 (tema 758) e apontar as discussões decorrentes da tese fixada, indo além da discussão principal do recurso sobre a violação do princípio da presunção de inocência e trazendo a discussão sobre a violação de outros princípios constitucionais: o do *ne bis in idem* e o do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Sabe-se que a Constituição é norteadora de todo o ordenamento jurídico, e sua aplicação vai desde o Código Penal à lei de Execução penal, por essa razão, procurou-se inicialmente evidenciar a inafastabilidade e a importância dos preceitos constitucionais, especialmente dos princípios, no âmbito da execução penal.

Na decisão analisada neste trabalho, o tema discutido foi se o reconhecimento da falta grave pela prática de um fato previsto como crime doloso antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, ofenderia ou não o princípio constitucional da presunção de inocência. A tese fixada pelo tribunal foi a seguinte:

O reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento, desde que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo a instrução em sede executiva ser suprida por sentença criminal condenatória que verse sobre a materialidade, a autoria e as circunstâncias do crime correspondente à falta grave.¹

A partir disso, várias críticas decorrem de tal entendimento, a principal delas é a de que a prescindibilidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória fere gravemente o princípio da presunção de inocência, dado que o acusado pode ser punido sem uma sentença formal que o considere culpado, sendo ele, de fato, tratado como culpado enquanto ainda presume-se inocente. Isso ocorre em contradição à previsão constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

¹ Recurso Extraordinário 776823, Relator: Min. Edson Fachin, julgado em: 07/12/2020. Disponível em <[Supremo Tribunal Federal](#)>. Acesso em 10 out. 2023.

Além disso, no julgamento do recurso, outros pontos de destaque foram trazidos pelos ministros em seus votos. O primeiro é de que, por se tratar de duas esferas distintas, o procedimento para reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso é um procedimento de natureza mista: de caráter administrativo, perante a autoridade prisional (PAD), e de cunho judicializado, perante o juízo da execução.

Diante disso, por se tratar de duas sanções distintas, buscou-se debater, através da visão de Rodrigo Roig, se o princípio do *ne bis in idem*, que estabelece que ninguém poderá ser submetido a processo ou penalizado por um ato pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por uma sentença que não admite mais recurso, seria violado ao ser o indivíduo sancionado duas vezes pelo mesmo fato.

O segundo ponto trazido na decisão, inclusive, presente no texto da tese fixada, é a necessidade da observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa durante a apuração do ilícito no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Contudo, já foi decidido pela mesma corte que a simples oitiva do condenado em audiência de justificativa dispensa a instauração do PAD. Diante disso, buscou-se apontar o antagonismo de tal previsão com a garantia dos princípios mencionados.

1. A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA EXECUÇÃO PENAL

Para Hans Kelsen, as normas jurídicas são organizadas em uma estrutura hierárquica dentro do ordenamento jurídico, o que implica que uma norma de nível inferior jamais pode sobrepujar uma norma hierarquicamente superior, devendo estar com esta última harmonizada, pois, do contrário, poderia ocasionar uma desordem potencial em todo o sistema jurídico.²

Na mesma linha, pode-se afirmar que existe uma supremacia constitucional, com a Constituição figurando como norma superior a todas as demais. Portanto, as normas infraconstitucionais devem necessariamente estar em conformidade com os preceitos constitucionais.

Em relação à execução penal, Norberto Avena sustenta que esta é um ramo autônomo do direito, regulado por seus princípios próprios. No entanto, embora exista tal autonomia, o autor explica que o direito de execução penal possui uma

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Íntima conexão com o direito constitucional, o qual estabelece garantias individuais e define limites à pretensão punitiva. Além disso, apresenta estreita relação com o direito penal, que regula diversos institutos associados à execução da pena, e com o direito processual penal, responsável pelo cuidado do processo executório, no qual é fundamental destacar a indispensável observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, entre outros.³

Nesse contexto, Guilherme de Souza Nucci, defende que “qualquer ramo do Direito precisa de suporte constitucional, especialmente os que dizem respeito às ciências criminais, pois lidam com a liberdade do ser humano”⁴.

No que tange aos princípios, Ruy Samuel Espíndola explica que:

No Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais –, ‘postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento’.⁵

Nota-se que os princípios constituem os fundamentos essenciais de todo o sistema jurídico, não podendo ser afastados de nenhum ramo do direito. No âmbito da execução penal, para Rodrigo Roig, os princípios são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre os indivíduos.⁶

Nesse sentido, o mesmo autor sustenta que em hipótese alguma um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direitos ou justificar maior rigor punitivo sobre pessoas que se encontram encarceradas, pois os princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo e não instrumentos a serviço da pretensão punitiva do Estado, muito menos instrumentos de governo da pena.⁷

Disso decorre a interpretação de que um princípio, assim como todas as normas em matéria de execução penal, sempre devem ser *pro homine*, ou seja, no caso concreto, sempre deve ser aplicada a solução que mais amplia o gozo e o

³ Avena, Norberto. *Execução Penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (6th edição). Grupo GEN, 2019, p. 1.

⁴ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Execução Penal*. Grupo GEN, 2023, p. 19... Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646760/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 74

⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed., São Paulo, 2017, p.31.

⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed., São Paulo, 2017, p.31.

exercício de um direito, garantia, ou liberdade. Desse modo, sendo os princípios expressões dos direitos e garantias constitucionais, sua interpretação não pode ser realizada contra o acusado.

Tais premissas decorrem especialmente do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu o artigo 5º assim dispõe:

1.Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas; 2.Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.⁸

Quanto à essa discussão, em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes (RE 776.823), com uma visão punitivista, sustentou que sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, poderia a lei ou a decisão judicial, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de mitigação dos direitos fundamentais, uma vez que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, dentro de certos parâmetros, a sua moderada relativização.

Contudo, por se tratar da liberdade e direitos de uma pessoa, ainda que presa, os princípios garantidos constitucionalmente de modo algum podem ser mitigados ou afastados de modo a sustentar a existência de um direito de superioridade do Estado sobre as pessoas encarceradas, de modo a inobservar direitos fundamentais e flexibilizar princípios. A Constituição, como já afirmado, é a norma norteadora de todo o sistema jurídico brasileiro e assim sendo, todos os seus princípios devem ser observados e garantidos também durante a execução penal, em especial nos procedimentos administrativos para apuração de faltas dentro do sistema prisional.

2. A DISCUSSÃO SOBRE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS QUESTÕES NÃO ENFRENTADAS PELO STF

⁸ DECRETO n° 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Em primeiro momento, a garantia da presunção de inocência decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, e que em seu art. 8º, item 2, define que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.⁹

Já na Constituição de 1988, a regra foi inserida com uma redação mais abrangente e garantista. De acordo com Brito, o princípio se trata de uma questão de “estado”, e não de impressão ou suposição, ou seja, na perspectiva constitucional, a inocência é um estado inerente ao cidadão, uma parte fundamental de sua dignidade, que somente pode ser modificado após a conclusão de um julgamento que respeitou o devido processo legal.

O ponto de discussão de que em que tal princípio é desrespeitado em sede de execução da pena, parte do entendimento antes pacificado pelo STJ (Súmula 526), de que o reconhecimento da falta grave pela prática de fato previsto como crime doloso no curso da execução penal prescinde de sentença penal condenatória transitada em julgado no processo penal instaurado para apuração do fato.¹⁰

Há quem defenda que tal entendimento fere gravemente o princípio constitucional da presunção de inocência, isso porque a falta grave é aplicada sem que efetivamente se tenha comprovado, por meio de sentença condenatória transitada em julgado, que o apenado cometeu um novo crime, em outras palavras, o acusado é penalizado pela prática de um crime mesmo que seu estado de inocência ainda permaneça.

Nesse contexto, Juarez Cirino dos Santos, sustenta que a determinação do conceito do princípio em questão, revela que o conteúdo do juízo de culpa só pode existir na forma de uma sentença transitada em julgado, ou de modo algum pode existir.¹¹

De acordo com Alexis Brito, ainda que a Constituição cite apenas a sentença penal condenatória, o processo de execução incide diretamente sobre a liberdade do condenado, e a não consideração desse princípio na fase executória pode lhe

⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 26 out. 2023.

¹⁰ AgRg no AREsp 469065 AC, Rel Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau*. Boletim IBCCRIM 316. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau> Acesso em 24 out.2023.

acarretar a permanência desnecessária no cárcere, como, por exemplo, ao lhe revogar o livramento condicional por falta cometida sem a demonstração efetiva de conduta apta a isso.¹²

Ademais, o mesmo autor argumenta que mesmo após o apenado ter sido condenado por um crime anterior, a análise de sua conduta subsequente deve ser individualizada, e o princípio da presunção de inocência deve ser mantido, de modo que, antes de qualquer revogação ou retirada de direitos, haja a oportunidade de provar sua inocência.¹³

Assim, nota-se que a presunção de inocência, por se tratar de um princípio garantido constitucionalmente, não pode ser afastada do âmbito da execução, devendo ser invocada sempre que estiver envolvido o direito fundamental de liberdade, independente da natureza do processo.¹⁴

Observa-se, portanto, que diante da não observância do princípio da presunção de inocência em sede da execução, o condenado poderá sofrer os efeitos da aplicação da falta grave e no decorrer da ação penal ser absolvido.

Ademais, a redação da Súmula 526 do STJ resulta em outra discussão, uma vez que esta define que não há necessidade de sentença transitada em julgado, porém não define que não há necessidade de uma sentença condenatória.

Para André Giamberardino, “uma interpretação lógica a *contrario sensu* da Súmula 526 permite aferir que, então, ao menos o processo criminal instaurado, ou seja, com recebimento da denúncia ou queixa, é imprescindível para imputação da falta”.¹⁵

A ausência de um marco para a caracterização da existência do fato definido como crime doloso também não foi completamente enfrentada pelo STF, que na fixação da tese (Tema 758) se limitou a repetir o entendimento do STJ, porém com alguns acréscimos.

Desse modo, os tribunais, em sua maioria, entendem que para que seja reconhecida a falta grave, bastaria o cometimento de fato previsto como crime doloso, não exigindo a Lei de Execução Penal instauração de inquérito policial,

¹²BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. Editora Saraiva, 2023 p. 28.. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹³ BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. Editora Saraiva, 2023 p. 26.. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed., São Paulo, 2017, p.249.

¹⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários a Lei de Execução Penal*. 4ª ed.. Belo Horizonte: CEI, 2023, p. 90.

oferecimento de denúncia ou sentença condenatória. Como exemplo disso, tem-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que entende que a caracterização da falta grave independe da instauração de inquérito policial ou oferecimento de denúncia para a apurar o fato.¹⁶, vejamos:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO QUE DEIXOU DE HOMOLOGAR A FALTA GRAVE CONSISTENTE NA PRÁTICA, EM TESE, DE CRIME DOLOSO NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA. PROCEDÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO, INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL OU OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PARA FINS DE APURAÇÃO DA FALTA PRATICADA. PROCEDÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 52 DA LEP E DA SÚMULA 526 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.I - (...) **Para fins de apuração de falta grave decorrente da prática de novo fato delituoso, no curso da execução, sequer há a necessidade de que tenha sido instaurado inquérito policial ou oferecida a denúncia. Isto porque, a apuração da prática de falta grave e a instrução criminal possuem origens e designios distintos, de modo que constituem âmbitos autônomos e podem, perfeitamente, aplicar sanções independentes entre si.**IV – “1. A prática de crime doloso no curso da execução penal caracteriza falta grave, independentemente da instauração de inquérito policial ou do oferecimento de denúncia para apurar o fato. (...)

(TJPR - 4ª Câmara Criminal - 4003119-66.2022.8.16.0014 - Rel.: DESEMBARGADOR CELSO JAIR MAINARDI - J. 22.02.2023)

Ainda, com esse mesmo entendimento, tem-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - FALTA GRAVE - PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO - INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA - IRRELEVÂNCIA - APURAÇÃO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - 1. Ante a independência relativa das jurisdições, é viável o reconhecimento da infração disciplinar no âmbito da execução penal, ainda que não tenha sido instaurado inquérito policial ou ação penal em relação ao fato. (...) (TJMG - Agravo de Execução Penal 1.0290.15.004212-2/001, Relator(a): Des.(a) Richardson Xavier Brant (JD Convocado) , Câmara Justiça 4.0 - Especiali, julgamento em 23/10/2023, publicação da sumula em 23/10/2023)

Contudo, Fachin, no julgamento do RE 776.823, declarou em seu voto que a simples presença de informações sobre a suposta prática de um crime, a ocorrência de um flagrante, uma investigação criminal de qualquer tipo, ou até mesmo uma

¹⁶ Nesse mesmo sentido: TJPR - 5ª Câmara Criminal - 4002899-20.2021.8.16.0009, Rel.: DES. WELLINGTON EMANUEL COIMBRA DE MOURA - J. 06.12.2021; TJPR - 5ª Câmara Criminal - 4000512-60.2022.8.16.4321, Rel.: HUMBERTO GONÇALVES BRITO - J. 25.06.2022.

denúncia ou queixa-crime contra o condenado, não são, por si só, elementos suficientes para estabelecer a ocorrência de uma falta grave, tendo em vista que esses documentos não resultam da coleta de provas em conformidade com os princípios constitucionais essenciais para a validade de sanções disciplinares.¹⁷

Portanto, devem os Tribunais se adequarem a tal entendimento, devendo haver, além da notícia da prática do crime, no mínimo uma ação penal já instaurada em relação ao fato para que possa ser reconhecida a falta grave.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Não é pacífica na doutrina a natureza jurídica da execução penal. Inicialmente, havia a compreensão de que a execução penal possuía caráter administrativo. Quanto a isso, Rodrigo Roig, explica que, por muito tempo, no ordenamento jurídico brasileiro, adotou-se o entendimento de que a execução da pena tinha caráter unicamente administrativo, uma vez que à lei caberia determinar a pena, ao juiz o pronunciamento e à administração restaria a execução. Desse modo, terminada a atividade do “Estado-jurisdição” com a condenação final, iniciaria a atividade do Estado-Administração com a execução penal.¹⁸

Contudo, de acordo com Salo de Carvalho, essa perspectiva exclusivamente administrativista entrava em conflito com a necessidade de intervenção judicial nos incidentes de execução, sobretudo no contexto do livramento condicional, que resulta na libertação do detento.¹⁹

Nesse contexto, a doutrina passou a posicionar-se no sentido de haver uma necessidade de um sistema misto, com natureza jurisdicional e administrativa, que significa que ao Estado-Administração ficaria a função de regulação do sistema penitenciário e ao Estado-Jurisdição a função de conceder ou restringir os benefícios previstos em lei.²⁰

Atualmente, a doutrina se divide em duas concepções. Por um lado tem-se a corrente que defende o caráter jurisdicional da Execução, isso implica na garantia

¹⁷ Ver Voto do Relator, p. 20-21

¹⁸ Roig, Rodrigo Duque Estrada. A “administracionalização” da execução penal. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21, p. 274, 2006

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 164.

²⁰ Roig, Rodrigo Duque Estrada. A “administracionalização” da execução penal. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21, p. 271, 2006.

judicial de uma tutela efetiva, não apenas no que diz respeito ao cumprimento da sentença, o que é evidente, mas também na presença de um controle jurisdicional sobre todas as etapas da execução.²¹

Por outro lado, tem quem entenda que a execução possui natureza mista, tendo em vista que “ embora os incidentes do processo se desenvolvam em âmbito judicial, diversos aspectos da execução dependem de atuação administrativa, sobretudo da direção, chefia de disciplina e secretaria dos estabelecimentos penais”.²² Ada Pellegrini Grinover, ao tratar do tema, observa:

Na verdade, não se desconhece que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicionais e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.²³

Nesse mesmo raciocínio, Paulo Lúcio Nogueira defende que:

a execução penal é de natureza mista, complexa eclética, nos sentido que certas normas de execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outros que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo.²⁴

Com o advento da Lei de Execução Penal, no Brasil foi adotado o modelo jurisdicional da execução da pena. O artigo 2º da LEP define que a jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Diante do caráter judicial que a execução penal brasileira passou a ter, o Poder Judiciário passou a deter a competência para dirigir o processo de execução, tirando essa função das mãos do Poder Executivo.²⁵ Nesse mesmo sentido, para Guilherme de Souza Nucci, a execução penal se trata de atividade jurisdicional, que

²¹ Roig, Rodrigo Duque Estrada. A “*administracionalização*” da execução penal. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21, p. 274, 2006.

²² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal, teoria crítica. 3ª ed., São Paulo, 2017, p.115.

²³GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

²⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei de Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 1990.

²⁵ Roig, Rodrigo Duque Estrada. A “*administracionalização*” da execução penal. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21, p. 274, 2006.

tem como objetivo tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, onde a atividade administrativa fornece os meios materiais para tal objetivo²⁶.

Adotando o entendimento de que a execução penal possui natureza mista, em seu voto, o Ministro Relator Edson Fachin destacou a independência do procedimento administrativo da execução do processo de conhecimento. Fachin sustentou que o reconhecimento de falta grave se desenvolve, em regra, como procedimento de natureza mista: de caráter administrativo, perante a autoridade prisional (PAD), e de cunho judicializado, perante o juízo da execução. Ele não se confunde, portanto, com o processo a ser desenvolvido no juízo de conhecimento pelo eventual crime doloso, pois as sanções decorrentes, de natureza disciplinar (como a regressão a regime mais gravoso), diferem das previstas na legislação penal (a pena)²⁷.

No entanto, o Ministro sustenta que as distinções presentes entre as esferas, em suas palavras “torna imprópria a transposição pura e simples de norma constitucional que rege a esfera penal do conhecimento a uma seara distinta, qual seja, a execução penal, dotada também na natureza administrativa-disciplinar”. Assim, o princípio da presunção de inocência, por exemplo, estaria restrito ao processo penal de conhecimento, isso porque a redação da constituição é clara ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de “sentença penal condenatória”, o que afastaria a aplicação do princípio na esfera da execução penal.

Contudo, o item 16 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal define que a aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.

Assim, sendo a execução penal um processo jurisdicional, como já afirmado, deverá ser regrada pelo princípio do *due process of law*, assumindo função garantidora dos direitos do sujeito processado.²⁸ Conforme examina Tatiane Pereira:

²⁶ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Execução Penal*. Grupo GEN, 2023, p. 19.. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646760/>.. Acesso em: 13 nov. 2023.

²⁷ Recurso Extraordinário 776823, Relator: Min. Edson Fachin, julgado em: 07/12/2020.

²⁸ Junqueira; Fuller. Lei de execução penal. Legislação penal especial, p. 3; Grinover, Execução penal, p. 12

É imprescindível demonstrar que o fato de a execução penal ser de natureza jurisdicional representa, antes de tudo, aceitar a existência de um processo de execução penal envolvido de garantias constitucionais, caracterizado pela presença de três sujeitos principais dotados de direitos, poderes, deveres, obrigações e, conseqüentemente, aceitar que o preso é titular de direitos. Deste modo, mais relevante do que a própria declaração da jurisdicionalidade da execução é a averiguação dos essenciais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se garante a imparcialidade do órgão judiciário e o contraditório entre as partes.²⁹

Nesse sentido, Alex Brito, sustenta que no âmbito da execução penal, é fundamental manter o princípio de que qualquer modificação na execução envolva a imposição ou o agravamento de sanções deve ser precedida por um processo adequado, respeitando todos os demais princípios que garantem os direitos do acusado, sobretudo o direito à ampla defesa e ao contraditório.³⁰

3.1 OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LV, prevê que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Já os incisos LIII e LIV do mesmo artigo, definem que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório possuem uma estreita ligação. O primeiro garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Quanto ao princípio da ampla defesa, entende-se como o direito de apresentar todas as provas admitidas pelo direito e todas aquelas não vedadas, tal princípio, ainda, abrange o direito à defesa técnica e a autodefesa. Já o contraditório, para Alexis Brito, seria a oportunidade de contestar as alegações

²⁹PEREIRA, Tatiane Cristina Pires. *Execução penal: a lei de execução penal perdeu seu caráter jurisdicional?*. Ensaio Jurídico. Patos de Minas: UNIPAM, 2010. p. 6. Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/ensaiojuridico/article/view/4212>> Acesso em: 30 out. 2023

³⁰BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. Editora Saraiva, 2023 p. 35. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 25 out. 2023

e provas contra o acusado, de modo que “nenhuma decisão deve ser proferida sem que antes se dê a oportunidade ao condenado de questionar e refutar a prova apresentada contra si”.³¹

Desse modo, em uma leitura do texto constitucional, não existe uma ressalva, devendo os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório serem garantidos aos acusados em geral, sem qualquer distinção e, assim sendo, tais princípios devem ser garantidos não somente nos processos judiciais, mas também nos procedimentos administrativos. Nas lições de Paulo Lúcio Nogueira:

(...)estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros.³²

Nesse sentido, de acordo com o Ministro Edson Fachin, a validade da aplicação da sanção decorrente do reconhecimento da falta grave pressupõe a observância de um rito em que se garanta ao apenado o acesso à defesa técnica e à produção de provas, devendo a apuração do ilícito disciplinar ocorrer, como afirmado na tese fixada, com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.³³

Contudo, em relação ao PAD, a mesma corte ao julgar o tema de repercussão geral 941 no Recurso Extraordinário 972.598, fixou a seguinte tese:

A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.³⁴

³¹ Brito, Alexis Couto D. *Execução penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2023, p. 28.

³² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

³³ Ver Voto do Relator, p. 20.

³⁴ STF. Plenário. RE 972598, Rel. Roberto Barroso, julgado em 04/05/2020 (Repercussão Geral – Tema 941) (Info 985 – clipping)

Observa-se que a mesma corte que fixou a tese no sentido de ser necessário que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, entende que a simples realização audiência de justificação realizada na presença de um defensor, afasta a necessidade do procedimento administrativo disciplinar para apurar a falta grave.

Nesse ponto, surge a questão se o princípio da ampla defesa e contraditório, assim como o devido processo legal seriam garantidos com a simples oitiva do condenado. Como visto anteriormente, o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal e sendo assim, a mera oitiva do condenado em audiência de justificação não pode suprir a realização de um procedimento para apuração da falta cometida.

A violação de tais princípios é nítida. De acordo com Alexis Brito, qualquer modificação ou alteração de sanção em sede de execução penal deverá ser precedida de um devido processo legal, em suas palavras:

Em sede de execução penal, o princípio deve ser mantido, o que significa que qualquer alteração na execução que demande aplicação ou agravamento de sanção deverá ser precedida de um devido processo e todos os demais princípios de garantia do acusado, em especial a ampla defesa e o contraditório.³⁵

Ademais, a lei de execução penal em nenhum momento prevê a hipótese de dispensa do PAD. O art. 59 da LEP diz claramente que praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Nota-se que a redação do artigo não deixa margem para outras interpretações, a regra é clara, deverá ser instaurado o procedimento administrativo assim que praticada a falta. Desta forma, verifica-se que não se trata de uma escolha do juiz da execução, nem da autoridade administrativa, mas sim de uma determinação do legislador.

Ademais, a realização da oitiva judicial pelo que se entende da lei, pressupõe a existência do PAD já finalizado e que tenha sido confirmada a falta, servindo a oitiva para o juiz da Vara de Execuções avaliar se o PAD foi conduzido corretamente.

Norberto Avena, ao explicar a função da audiência de justificação, enfatiza a necessidade de sua realização em relação à prática de crime doloso, sua finalidade

³⁵BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. Editora Saraiva, 2023 p. 27. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 25 out. 2023.

seria possibilitar ao apenado justificar o ato praticado e ser avaliado pelo juiz da execução. Para ele, a relevância da audiência para o apenado é inquestionável, como exemplo, e em relação à prática de crime doloso ou falta grave, explica que “pode ocorrer por exemplo que, ao ser ouvido, o indivíduo alegue que o fato definido como crime doloso foi praticado em atitude de legítima defesa, o que excluiria a ilicitude do crime praticado”.³⁶

O mesmo autor argumenta que a maioria da doutrina entende ser imprescindível a instauração do PAD, cujo objetivo é justamente preservar o direito de defesa do apenado, não sendo suprida a sua ausência pela posterior realização de audiência judicial de oitiva para justificativa da falta praticada.

Tal entendimento antes foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 533, que definia que 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 nomeado³⁷.

Ademais, deve-se considerar, ainda, que mesmo com a realização do PAD, o princípio da ampla defesa e contraditório não são exercidos de forma efetiva nesse procedimento. Sabe-se que a prevalência, no âmbito judicial, de efetivo contraditório e de maior amplitude probatória se comparado com a esfera administrativa é demasiadamente maior. Dificilmente o acusado conseguirá provar sua inocência nesse procedimento, até porque não possui meios para isso. O que leva meses ou até anos para se processar e ter a comprovação da autoria do crime na ação penal, é decidido em um curto período de tempo do PAD e, conseqüentemente, o acusado acaba sofrendo uma punição por um crime que pode não ter cometido, já que, posteriormente, pode ser absolvido na ação penal.

Além do mais, como bem afirmado pelo Ministro em seu voto, caso haja dúvidas acerca da autoria e da existência do fato, deverá o réu ser absolvido no procedimento administrativo, tendo em vista o princípio do *in dubio pro reo*, contudo não é isso que ocorre na prática.

³⁶ AVENA, Norberto. *Execução Penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (6th edição). Grupo GEN, 2019, p. 237.

³⁷ STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015

Portanto, nota-se que somente a realização da audiência de justificação realizada na presença de defensor e do Ministério Público não é suficiente para que o acusado consiga se defender. É imprescindível a instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), não há como o acusado produzir provas e se defender de forma efetiva apenas com sua oitiva, sem que lhe seja dada a oportunidade de contestar os fatos alegados através de uma defesa técnica. Como bem se sabe, nenhuma defesa e contraditório podem ser considerados completos a menos que o preso ou condenado receba igualdade de recursos, o que implica fornecer-lhe assistência técnico-jurídica equivalente àquela disponível para o Estado.³⁸

Pode-se afirmar, assim, que ocorre um cerceamento da defesa dos acusados, uma vez que as oportunidades de se defenderem das acusações de falta grave de maneira eficaz e através de um processo adequado são drasticamente reduzidas. Além disso, não há como negar que a previsão da desnecessidade de instauração de um procedimento para apuração da falta, desrespeita o princípio do devido processo legal.

3.2 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

O princípio do *ne bis in idem* estabelece que ninguém poderá ser submetido a processo ou penalizado por um ato pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por uma sentença que não admite mais recurso.

No plano internacional, o princípio tem caráter universal, sendo reconhecido como um princípio geral de direito internacional, no qual o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 147, estabelece que ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país.³⁹

Também está presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, que define em seu artigo 8.4 que o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

³⁸ BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. Editora Saraiva, 2023 p. 28.. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 25 out. 2023

³⁹ D0592. DECRETO n°592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Ainda, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos⁴⁰, asseguram a vigência do princípio do *ne bis in idem* ao estabelecer que a pessoa nunca será punida duas vezes pela mesma infração (regra 39.1), sem fazer restrições quanto à natureza da infração. Nesse sentido, explica Keyt Saboya:

De qualquer forma, haja vista sua natureza materialmente constitucional, dúvida não há de que, seja como garantia inscrita expressamente em tratado internacional de direitos humanos, incorporado ao direito interno com status equivalente à emenda constitucional, seja como garantia implícita, decorrente dos princípios adotados pela Constituição, o princípio *ne bis in idem* corresponde a uma garantia constitucional, que limita o *ius persecuendi*, pelos mesmos fatos, a uma única oportunidade, cuja observância é obrigatória a todos os juízes e tribunais.⁴¹

Outrossim, Saboya explica que o princípio do *ne bis in idem* deve ser aplicado nas vertentes processual e material:

(a) Na vertente processual, corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e (b) na vertente material, diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas.

Ressalta-se que durante a execução, o indivíduo, se homologada a falta grave, é sancionado duas vezes pelo mesmo fato, uma na esfera administrativa e outra, posteriormente, na esfera judicial. Essa cumulação de sanções penais e administrativas pelo mesmo fato faz surgir a discussão se essa situação caracterizaria *bis in idem*.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes se coaduna às lições de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, que defendem que, por se tratar de sanções de espécies diferentes (uma penal e outra administrativa), não se trataria de violação do princípio do *ne bis in idem*, citando como exemplo a aplicação de sanções penais e civis quando da prática de crime de que resulte prejuízo.⁴²

⁴⁰CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

⁴¹SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Ne bis in idem. Limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/.../1/keityMFS.pdf>. Acesso em 30/04/2017.

⁴² Ver Voto do Min. Alexandre de Moraes, p. 37

Contudo, na visão de Rodrigo Roig, todos os requisitos para caracterização do *bis in idem* estão presentes na execução, quais sejam, estar diante do mesmo fato, um mesmo sujeito e uma mesma causa de pedir. Isso porque quando a conduta que é de fato considerada um crime doloso simultaneamente se enquadra como uma falta grave (art. 52, LEP), isso ocorre devido à existência de uma identidade factual. Quanto à identidade do sujeito, esta também é evidente, pois se trata do mesmo acusado. Em relação à causa de pedir, também é a mesma, uma vez que a pretensão é impor uma punição por uma infração normativa.⁴³

Para Roig, não existe diferenças ontológicas entre a sanção penal e administrativa, pois ambas são atos do poder estatal que impõem, em suas palavras “sofrimento intencional e limitação de direitos e expectativas aos seus destinatários (aliás, perseguindo escopos empiricamente irrealizáveis ou democraticamente insustentáveis)”⁴⁴. O que haveria, portanto, é a pretensão de aplicar uma punição por uma infração à lei, não havendo outra opção senão reconhecer a identidade de causas de pedir.

Desse modo, as penas se diferenciam apenas quanto à sua intensidade, seja esta da imposição de sofrimento ou de limitação de direitos e expectativas e assim sendo, por se tratar de uma sanção com conteúdo punitivo por uma infração à lei, não haveria como não reconhecer as mesmas causas de pedir.

Em razão dessa semelhança entre as sanções, o mesmo autor sustenta que não só o *bis in idem* como todos os outros princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal, são também aplicáveis ao poder sancionador administrativo, em suas palavras:

Também em razão desta similitude ontológica entre sanções criminais e disciplinares, é possível sustentar que todos os princípios constitucionais desenhados para o direito penal e processual penal - entre eles o *ne bis in idem* - são aplicáveis à potestade sancionadora administrativa.⁴⁵

Seguindo esse raciocínio, Alberto Binder argumenta que se o objeto do processo é uma punição como resposta à infração à lei, não pode existir distinção entre uma sanção contravencional, de uma sanção por um delito ou de uma sanção

⁴³ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed. São Paulo, 2017, p. 245-246.

⁴⁴ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed. São Paulo, 2017, p. 246.

⁴⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed. São Paulo, 2017, p. 246

disciplinar, desse modo, sempre que o Estado aplicar uma sanção, independente de qual for, começará a vigorar o princípio *ne bis in idem*.⁴⁶

Da mesma forma, conforme as palavras de José Daniel Cesano, a garantia do *ne bis in idem* deve ser estabelecida com uma extensão que, no caso em que um interno cometa uma ação (ou seja, um evento real) dentro da instituição prisional que possa ser considerada tanto como um crime sob a lei penal comum quanto como uma infração disciplinar, o exercício da autoridade disciplinar penitenciária deveria ser impedido.⁴⁷

Portanto, deve o sistema penal brasileiro repensar a dupla punição que o apenado sofre ao praticar um fato definido como crime doloso no curso da execução, sob pena de se estar violando mais um direito fundamental do preso.

CONCLUSÃO

A Lei de Execução Penal, por mais que grande parte da doutrina reconheça sua autonomia, conclui-se que essa não está alheia aos princípios constitucionais, isso porque todas as normas infraconstitucionais, necessariamente, se submetem à Constituição, principalmente aos seus princípios, que devem ser garantidos em qualquer esfera, seja processual ou administrativa. Os princípios, no âmbito da execução, devem servir como instrumentos de limitação do poder executório estatal. Assim, devem ser aplicados e interpretados de modo a garantir maior proteção ao acusado, jamais em seu detrimento, ou seja, o âmbito da execução penal não pode estar alheio às normas e princípios constitucionais.

Contudo, na prática percebe-se uma atuação em sentido contrário do judiciário. A decisão do STF no tema de repercussão geral 758 serviu somente para reforçar o entendimento que antes já havia sendo aplicado pelo STJ, de que o reconhecimento da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso não necessita de sentença condenatória transitada em julgado.

O entendimento adotado pelo STF acabou por ferir gravemente vários princípios. Primeiramente, o da presunção de inocência, isso porque impor ao acusado às sanções da falta grave, sem que haja a comprovação da prática do crime por meio de sentença condenatória, importa em uma antecipação do juízo

⁴⁶BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p.169-170.

⁴⁷CESANO, José Daniel. *Derecho penitenciario. Aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni, 2007, p. 242.

condenatório, considerando-o culpado antes que tenha cessado seu estado de inocência.

Outro ponto de destaque é que a decisão não trouxe um marco para o reconhecimento da existência do fato definido como crime doloso, assim, mesmo com a existência da súmula, ainda existe certa insegurança acerca de qual momento processual poderia se considerar a existência da prática de novo crime, se com oferecimento ou recebimento da denúncia, instauração do inquérito policial ou se somente com uma decisão condenatória, o que acarreta em uma interpretação ainda mais prejudicial aos condenados, uma vez que os Tribunais de Justiça vêm adotando o entendimento de que a mera notícia da existência do fato bastaria para o reconhecimento da falta, sendo prescindível a existência de um inquérito policial ou denúncia.

Além disso, a execução penal, por ter caráter jurisdicional, aplica-se à ela todas as garantias constitucionais, sem exceção. Disto conclui-se que, além da presunção de inocência, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa também devem ser observados.

Contudo, o STF, ao definir que a validade da aplicação da sanção decorrente do reconhecimento da falta grave pressupõe a observância de um rito em que se garanta ao apenado o acesso à defesa técnica e à produção de provas, devendo a apuração do ilícito disciplinar ocorrer com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, se contradiz com a tese fixada pelo mesmo tribunal de que a oitiva do condenado em audiência de justificação dispensaria a necessidade do procedimento administrativo disciplinar.

Assim, ao mesmo tempo que a suprema corte defende a existência de um rito que garanta a aplicação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, defende a dispensa do PAD para apuração da falta grave, ou seja, sem um procedimento para apurar a falta, não há como sustentar que o princípio do devido processo legal está sendo aplicado, muito menos o do contraditório e ampla defesa.

Por fim, em relação ao princípio do *ne bis in idem*, esse acaba sendo violado na apuração da falta grave pelo cometimento de crime doloso, uma vez que o condenado é punido duas vezes por um mesmo fato, uma na esfera administrativa e outra na esfera penal.

Ante todo o exposto, conclui-se que o judiciário brasileiro, no que tange aos direitos das pessoas presas, acaba por desrespeitar regras básicas contidas na Constituição, transitando por um lugar alheio às normas jurídicas. Tais entendimentos contrários à lei, nas palavras de Rodrigo Roig, “somente se justificam na antidemocrática lógica das teorias das relações especiais de sujeição, que sustentam a existência de um direito de supremacia do Estado sobre pessoas presas”⁴⁸. O sistema judiciário brasileiro, contrariando a essência dos princípios que, alicerçados em sua base constitucional, deveriam atuar como guardiões na proteção de direitos e garantias fundamentais, acaba por manipulá-los e distorcê-los em favor do exercício do poder punitivo.

⁴⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal, teoria crítica*. 3ª ed. São Paulo, 2017, p. 248.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6th edição). Grupo GEN, 2019.

AgRg no AREsp 469065 AC, Rel Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. Editora Saraiva, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624573/>. Acesso em: 25 out. 2023.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 164.

Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 26 out. 2023.

DECRETO n° 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 74

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários a Lei de Execução Penal**. 4ª ed.. Belo Horizonte: CEI, 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Execução Penal**. Grupo GEN, 2023, p. 19... Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646760/>. Acesso em: 13 nov. 2023

PEREIRA, Tatiane Cristina Pires. **Execução penal: a lei de execução penal perdeu seu caráter jurisdicional?**. Ensaio Jurídico. Patos de Minas: UNIPAM, 2010. p. 6. Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/ensaiojuridico/article/view/4212>> Acesso em: 30 out. 2023

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal, teoria crítica**. 3ª ed., São Paulo, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **A “administracionalização” da execução penal**. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21., 2006.

Recurso Extraordinário 776823, Relator: Min. Edson Fachin, julgado em: 07/12/2020. Disponível em <[Supremo Tribunal Federal](#)>. Acesso em 10 out. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau**. Boletim IBCCRIM 316. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau> Acesso em 24 out.2023.