



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mauricio Wendhausen Becker

Falta grave na execução penal: análise da legitimidade dos casos em que somente
houve testemunho dos agentes penais

Florianópolis

2024

Mauricio Wendhausen Becker

Falta grave na execução penal: análise da legitimidade dos casos em que somente houve testemunho dos agentes penais

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof^a. Dr^a. Camila Damasceno de Andrade

Florianópolis

2024



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Coordenação de TCC

Mauricio Wendhausen Becker

Falta grave na execução penal: análise da legitimidade dos casos em que somente houve testemunho dos agentes penais

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2024.



Documento assinado digitalmente

Francisco Quintanilha Veras Neto

Data: 17/12/2024 10:21:44-0300

CPF: ***.328.139-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Coordenação do Curso

Banca examinadora



Documento assinado digitalmente

CAMILA DAMASCENO DE ANDRADE

Data: 12/12/2024 12:14:47-0300

CPF: ***.367.799-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Profa. Camila Damasceno de Andrade
Orientadora



Documento assinado digitalmente

MARLOM FORMIGHERI

Data: 16/12/2024 20:45:55-0300

CPF: ***.617.270-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Me. Marlom Formigheri
Universidade Federal de Santa Catarina



Documento assinado digitalmente

ANTONIO MIGUEL MULLER DE FARIAS

Data: 13/12/2024 12:56:43-0300

CPF: ***.610.500-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Antonio Miguel Muller de Farias
Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Florianópolis, 2024.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Coordenação de TCC

Becker, Mauricio Wendhausen

Falta grave na execução penal : análise da legitimidade dos casos em que somente houve testemunho dos agentes penais / Mauricio Wendhausen Becker ; orientadora, Camila Damasceno de Andrade, 2024.

79 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Falta grave. 4. Direito Administrativo Sancionador. I. de Andrade, Camila Damasceno. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Mauricio Wendhausen Becker

Falta grave na execução penal: análise da legitimidade dos casos em que somente houve testemunho dos agentes penais

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2024.

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Profa. Camila Damasceno de Andrade
Orientadora

Prof. Me. Marlom Formigheri
Universidade Federal de Santa Catarina

Antonio Miguel Muller de Farias
Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Florianópolis, 2024.

A minha avó, Doraci Izidório Wendhausen, que não conseguiu me
presenciar neste momento, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus familiares que sempre me forneceram ajuda em todos os momentos da graduação e sempre serviram como incentivo para que continuasse.

Agradeço a todos os amigos que fiz durante a graduação, nunca me deixando sozinho e em falta de risadas e bons momentos.

Agradeço aos meus colegas e superiores de estágio no Ministério Público, que me fizeram descobrir o tema deste trabalho e o meu rumo no Direito.

Agradeço à AADUFSC, associação que dediquei mais da metade da minha graduação com um sorriso no rosto.

Agradeço à Sede da AADUFSC, lugar que me acolheu durante a maior parte da graduação e onde sempre aconteceram momentos mágicos.

Agradeço à marca Marlboro, sem ela não teria sobrevivido durante a graduação.

RESUMO

A presente monografia buscou entender se há legitimidade nos casos de falta grave em que somente há o testemunho do agente penitenciário. O método de pesquisa foi o indutivo. Buscou-se, por meio de pesquisa qualitativa, documental, bibliográfica e jurisprudencial, explorar os conceitos relevantes à execução penal, a falta grave, o PAD, o direito administrativo sancionador, o direito penal e o direito processual penal, para que possa ser entendido como eles se relacionam no nosso ordenamento jurídico vigente, a fim de efetuar, fundamentadamente, a crítica que o presente estudo se propõe. No primeiro capítulo, verificou-se que a execução penal tem o objetivo de punir e ressocializar. Após, analisou-se que a falta grave é uma conduta que quebra a disciplina na penitenciária e estudou-se em que situações ela ocorre. Em seguida, foi estudado como o Procedimento Administrativo Disciplinar se aproxima do direito penal e como os princípios deste podem ser aplicados naquele. Ao final, foi efetuada a análise de um caso concreto de aplicação de falta grave em que se criticou a utilização de analogia contra o apenado, o descumprimento do princípio da legalidade e a má utilização da confissão e do depoimento policial no conjunto probatório.

Palavras-chave: falta grave; direito administrativo sancionador; execução penal.

ABSTRACT

This monograph sought to understand whether there is legitimacy in cases of serious misconduct in which there is only the testimony of the prison officer. The research method was inductive. We sought, through qualitative, documentary, bibliographic and jurisprudential research, to explore the concepts relevant to criminal execution, serious misconduct, PAD, sanctioning administrative law, criminal law and criminal procedural law, so that it can be understood how they relate to each other in our current legal system, in order to carry out, on a well-founded basis, the criticism that this study proposes. In the first chapter it was understood that criminal execution has the objective of punishing and resocializing. Afterwards, it was analyzed that serious misconduct is a conduct that breaks discipline in the penitentiary and it was studied how and when it can be applied. In another chapter, it was studied how the Disciplinary Administrative Procedure approaches criminal law and its principles can be applied to that. In the end, an analysis was carried out of a specific case of serious misconduct in which the use of analogy against the convict was criticized, the failure to comply with the principle of legality and the misuse of confession and police testimony in the body of evidence.

Keywords: serious misconduct; sanctioning administrative law; criminal enforcement

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LEP	Lei de Execução Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
PAD	Procedimento Administrativo Disciplinar
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
RE	Recurso Extraordinário
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. A EXECUÇÃO PENAL E AS FALTAS.....	15
2.1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	15
2.2. OS OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL.....	16
2.2.1. A teoria absoluta.....	18
2.2.2. A teoria relativa.....	19
2.2.3. A teoria mista.....	21
2.3. OS DIREITOS, OS DEVERES E A DISCIPLINA.....	22
2.4. AS FALTAS.....	27
2.4.1. Os tipos de falta grave.....	27
2.4.2. A apuração da falta grave.....	29
3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	36
3.1. ORIGENS E TRAJETÓRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL.....	36
3.2. APROXIMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AO DIREITO PENAL E O ARE 843.989.....	41
3.2.1. As controvérsias do ARE 843.989.....	42
3.2.2. Os votos a favor da analogia entre os ramos.....	44
3.2.3. Votos a favor da distinção dos ramos.....	45
3.2.4. Votos a favor da analogia com ressalvas.....	46
3.2.5. Conclusão do julgamento do are 843.989.....	46
3.3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) SENDO REPRESENTANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	48
3.4. REGRAMENTO NORMATIVO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	52
4. FALTA GRAVE COMPARADA AO DIREITO PENAL.....	57
4.1. A TIPIFICAÇÃO DA FALTA GRAVE.....	58
4.1.1. A interpretação e a analogia in malam partem.....	59
4.1.2. Princípio da legalidade.....	63
4.2. O CONJUNTO PROBATÓRIO.....	67
4.2.1. A confissão.....	68

4.2.2. O depoimento policial.....	70
5. CONCLUSÃO.....	75

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da falta grave na execução penal nos casos em que somente há o testemunho do agente penitenciário. Apresenta como problema o fato de que, no modelo atual, muitas vezes não deveria ser aplicada uma falta grave ao apenado, porque a tipificação da falta grave e o seu conjunto probatório não obedecem aos princípios do direito penal, processual penal e direito administrativo.

A relevância do tema é latente, visto que há uma grande mentalidade punitiva por parte dos operadores do direito e agentes do Estado, que se utilizam dessas lacunas para poderem punir, sem freios, os presos, fazendo justiça social aos seus próprios moldes. Isso acaba desvirtuando o objetivo da execução penal de ressocializar e não somente punir.

Para que o tema seja compreendido, no próximo capítulo, será abordado o conceito de execução penal e quais são seus objetivos, por que ela existe e o que justifica o dia a dia do detento na casa penal. Em seguida, será discutido como o preso deve se comportar, sendo expostos quais são os seus direitos, deveres e o que é a disciplina na penitenciária. Este último assunto introduzirá o tema principal do estudo, isto é, o que é a falta grave e como ela ocorre no contexto da execução penal. O objetivo do capítulo, portanto, é entender o que é a execução penal e o que é a falta grave.

No capítulo seguinte, será minuciosamente levantado o que é o Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), o que é a sua natureza de Direito Administrativo Sancionador e como ele se aproxima do Direito Penal, sendo uma espécie de “processo penal” no âmbito administrativo. Após isso, serão expostos os regramentos que o PAD obedece. O objetivo do capítulo é aproximar a falta grave e o PAD do direito penal e do processo penal.

No último capítulo de desenvolvimento, serão efetuadas críticas ao modelo atual de aplicação da falta grave nos casos em que somente há o testemunho do agente penitenciário. Isso será feito por meio de um caso concreto, que será cotejado com os princípios do direito penal e do processo penal. Abordar-se-á como a tipificação da falta grave no caso foi falha e como o seu conjunto probatório era insuficiente, fazendo com que não devesse ser aplicada a punição ao preso. O

objetivo do capítulo é criticar a legitimidade da falta grave nos casos em que somente há o testemunho do policial penal.

O método de pesquisa será o indutivo, buscando, por meio de pesquisa qualitativa, documental, bibliográfica e jurisprudencial, explorar os conceitos relevantes à execução penal, a falta grave, o PAD, o direito administrativo sancionador, o direito penal e o direito processual penal, para que possa ser entendido como eles se relacionam no nosso ordenamento jurídico vigente, a fim de efetuar, fundamentadamente, a crítica que o presente estudo se propõe a fazer.

2. A EXECUÇÃO PENAL E AS FALTAS

Importante começar este trabalho falando sobre o dispositivo normativo que regula toda a execução penal.

Com o objetivo de “efetivar as disposições de sentenças e decisões criminais e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, nasceu, em 11 de julho de 1984, a Lei n. 7.210, ou Lei de Execução Penal (LEP).

Da mesma forma que diversos institutos do direito, a LEP também possui diversos princípios fundamentais que a sustentam. Com a ampliação das garantias individuais, princípios como a individualização da pena, a presunção de inocência, a irretroatividade da lei penal, a progressividade das penas, a proporcionalidade — e muitos outros — são assegurados aos aprisionados, sejam eles condenados ou presos provisórios.

Nessa toada, observa-se a importância do estudo da Lei de Execução Penal, uma lei que sistematiza como o apenado deverá ser reinserido na sociedade deve ser esmiuçada e completamente compreendida. Neste contexto, o objetivo deste subcapítulo é abordar acerca dos aspectos gerais da LEP e dos objetivos da execução penal

2.1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Alessandra Teixeira (2007) ensina que foi no ano de 1975 que foi instalada a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que queria descobrir os principais problemas e carências dos estabelecimentos penais brasileiros e buscar soluções ao encarceramento. Com as pesquisas feitas pela comissão, percebeu-se que as propostas apresentadas se voltavam à necessidade de reinserção social do condenado, reconhecendo direitos individuais.

Conforme a criminalidade aumentava, mais pressão existia para que fosse tomada uma atitude que melhorasse o sistema repressivo, aprimorando as ferramentas jurídicas para contenção do crime e visando se adequar às exigências da sociedade brasileira (BRASIL, 1984).

Após oito anos da instauração da CPI, foi promulgada a Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal.

Nascida com a pretensão de punir e de humanizar, a LEP esclarece seu objetivo logo no seu primeiro artigo: efetivar as disposições de sentenças e decisões criminais e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Ou seja, estabelece, além das medidas para o cumprimento das penas, a proposta de reabilitação do detento.

Além de ver o detento como sujeito de direitos, a LEP apresenta diversas alterações quanto ao método de tratar a questão do encarceramento brasileiro. Segundo Alessandra Teixeira (2007), isso é igual a dizer que a relação do encarcerado com o Estado punitivo, simbolizada pela prisão, passava a ser de um processo, na medida em que podia o preso litigar, enclausurado, pela garantia de seus direitos, valendo-se para tanto do devido processo legal.

Resumindo, essa é a duplicidade da LEP, “punir” os que cometem infrações penais, porém, não mais do que o fato ocorrido pede, já que se isso acontecesse, seria uma pena injusta, desumanizadora.

2.2. OS OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL

Mas essa duplicidade não é somente da LEP, é da própria pena. Nucci (2016) ensina essa dicotomia da pena, afirmando que ela apresenta caráter multifacetado: tem finalidade retributiva e preventiva.

Portanto, o Estado promove a prevenção geral – tida como positiva – em que o Estado legitima o Direito Penal como instrumento de legalidade para aplicação da sanção penal e a prevenção geral negativa (intimidando quem pensa delinquir); por outro lado, satisfaz o que espera a coletividade, diante de um Estado detentor do poder/direito de punir, atendendo o objetivo de castigar o indivíduo infrator, ao mesmo tempo que afasta o desastre histórico que foi a vingança privada.

Nucci (2016) também dispõe que a pena consiste na sanção imposta pelo Estado, que se vale do devido processo legal, ao indivíduo que comete um ilícito penal, como retribuição ao delito cometido e prevenção a novos crimes. Também diz Silva (2017) que a pena precisa ser observada em conjunção com outras áreas de

conhecimento, tais como sociologia, criminologia e filosofia, criando-se assim uma punição digna.

Em seus ensaios, lecionando sobre uma justa punição, Beccaria (2001, p. 26-27) defende que:

Só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo

Conforme Rogério Sanches Cunha (2016), a pena no Brasil é multifuncional, ela procura alcançar estas finalidades: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial do indivíduo infrator. A finalidade preventiva está diretamente relacionada com a lei que cria a conduta criminoso e define as suas sanções, buscando conscientizar a população sobre determinadas condutas; a retributiva e a reeducativa atuam no decorrer da execução penal, onde o sentenciado enfrenta as consequências da infração penal cometida, trazendo à realidade as disposições que estão na sentença que o condenou e, principalmente, a sua ressocialização, preparando esse indivíduo que rasgou as normas sociais para ser recolocado na sociedade.

Nucci (2016) traz pontos diferentes para fundamentar os objetivos da pena, que são: a denúncia, que é a reprovação da conduta criminoso pela sociedade; dissuasão, que busca desmotivar o indivíduo que tenha intenções ou planos criminosos de efetivar sua conduta; incapacitação, em que o indivíduo delituoso é retirado do convívio social para que não fira novamente direitos alheios; reabilitação, buscar devolver o sentenciado à sociedade como uma pessoa que não infringirá mais a lei penal; reparação, para quem sofreu o delito; e a aplicação da pena ao autor do crime, tendo em vista a proporcionalidade da penalização aplicada com o ilícito cometido.

Porém, é importante também estudar as diferentes correntes doutrinárias surgidas na Europa a partir do Iluminismo. Nucci (2016) nos revela que elas interpretam a pena partindo de três pensamentos diferentes: a teoria absoluta ou

retributiva; a teoria relativa ou preventiva, essa é subdividida em prevenção geral e prevenção especial; e a teoria mista ou unificadora. Teoria absoluta

2.2.1. A teoria absoluta

A primeira teoria abordada é a absoluta, ou também conhecida como retributiva. Nela, a reprimenda penal é um fim nela mesma, serve somente como uma retribuição ao crime cometido pelo indivíduo, sem qualquer outra finalidade

Celso Dalmanto (2016) ensina que quando se vê a pena sobre a visão desta teoria, observa-se claramente o sentimento de vingança, em que o injusto causado será pago pelo injusto, e encontra suas fundações teóricas nos tempos mais antigos da sociedade, na época da lei do talião e da vingança privada.

Conforme Bitencourt (2012), esse tipo de pensamento destacou-se muito no período de transição da época medieval para a sociedade mais moderna, mais liberal. Nessa situação histórica, vivia-se o nascimento de um Estado absolutista, em que as decisões do soberano eram fundamentadas tendo em vista a religião e a política, que normalmente se confundiam, e a reprimenda penal era imposta a quem contrariasse ou agisse contra o rei, que era uma personificação em terra do próprio Deus.

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra, expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria “absoluta” porque para ela o fim da pena é independente, “desvinculado” de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (GRECO, 2017, p. 587).

Muitos pensadores ilustres colocam em voga a ideia do objetivo da pena como mera retribuição ao crime cometido pelo infrator, como é o caso de Immanuel Kant e Georg Friedrich Hegel, cada um deles com sua própria justificação para o caráter “vingativo” da pena.

Cezar Bitencourt (2012) relata que Immanuel Kant, por exemplo, posiciona-se no sentido de que a reprimenda penal tem o objetivo de ser um imperativo ético, fundamentado na noção de que, no momento que o autor do delito

infringe a lei penal, ele não mais poderá ser digno do direito de ser um cidadão e tem que estar sujeito a uma punição, mesmo que esta seja impiedosa, do líder maior. Portanto, o indivíduo que não se comporta da forma esperada pelo regramento jurídico penal, ficaria sujeito à regra do “olho por olho, dente por dente”, que na concepção de Kant, das formas de punição, era a melhor.

Georg Hegel, de outro lado, coloca a pena como uma forma de manter a ordem jurídica, já que se faz necessário recompensar o direito da vítima atacada com a imposição de um “mal necessário” (a pena) e, dessa forma, seria possível reestabelecer a ordem jurídica ao seu estado normal. O pensador alemão alega que é necessário olhar para a pena com a finalidade de “retribuição” ao autor do delito pela quebra de uma vontade geral, ou vontade racional, que em resumo seria o próprio Direito, colocado pelo pensamento da coletividade. Ao cometer o crime, o criminoso expressa o que Hegel chama de vontade irracional — também chamada de vontade particular — e que se antagoniza ao interesse da coletividade. O ilustre pensador também coloca a pena em uma vertente muito parecida com a lei de talião, porém, não exprime a forma de aplicação das reprimendas penais, somente defendendo a sua similaridade, porque a pena enquanto lesão é, para o autor do crime, a retribuição para que se possa compensar o delito cometido (BITENCOURT, 2012).

Rogério Greco (2017) pontua que, se olharmos bem de perto a teoria absoluta da pena, podemos compreender que seu único objetivo é fazer com que o indivíduo que cometeu o crime sofra de forma proporcional ao que a vítima da sua infração penal tenha sofrido. Porém, a satisfação da população com a pena imposta ao infrator — satisfação esta que muitas vezes chamamos de sensação de justiça — é totalmente vinculada à uma pena mais gravosa do que o ato cometido pelo criminoso. Por exemplo, a conversão das penas privativas de liberdade para as restritivas de direito, como prestação de serviço comunitário, isolamento aos finais de semana, multa, ou outros, não satisfaz essa sensação de justiça na maior parte das vezes.

Importante notar que a teoria retributiva se faz muito presente no pensamento popular médio de forma instintiva. Portanto, passaremos a analisar a teoria relativa, que tem um foco muito maior na proteção da sociedade, retirando o indivíduo infrator do convívio social.

2.2.2. A teoria relativa

Cezar Bitencourt (2012, p.140) fala que: “para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir sua prática”.

Para Shecaira e Corrêa Junior (2002), objetivo da pena conforme a teoria relativa, ou teoria preventiva, é muito diferente da teoria absoluta, que caracteriza a pena como mero castigo ao autor da infração penal. A teoria preventiva vê a punição como uma ferramenta para poder evitar a delinquência por parte do indivíduo, dando, portanto, um objetivo mais concreto para a reprimenda penal, ou, com outras palavras, uma finalidade social. Portanto, a pena é uma mantedora da vida em sociedade, tem o objetivo de manter a ordem jurídica em sua plenitude, ela não é um fim em si mesma. A teoria preventiva, é importante destacar, fundamenta-se pela prevenção e pode ser dividida em duas partes: a prevenção geral e a prevenção especial.

Trazendo foco para as teorias relativas ou preventivas, é possível afirmar que estas justificam a pena a partir de sua utilidade para o desencorajamento à futura prática delitiva, seja pelos membros da coletividade (prevenção geral), seja pelo condenado (prevenção especial). Nesse sentido, enquanto a prevenção geral seria destinada aos que ainda não delinquiram, desempenhando o efeito de dissuasão da coletividade 28 por meio da cominação, aplicação e execução de reprimendas (prevenção geral negativa) ou o efeito de sensibilização e fidelização do cidadão ao ordenamento jurídico (prevenção geral positiva), a prevenção especial destinar-se-ia à contenção da reincidência, a partir da atuação direta sobre a pessoa do condenado, perseguindo sua “correção”, “tratamento” ou “ressocialização” (prevenção especial positiva), ou ainda, sua neutralização (prevenção especial negativa) (ROIG, 2018, p. 12).

O aspecto geral da reprimenda geral — ou seu objetivo geral — é voltado para o coletivo, buscando intimidá-lo, uma vez que esse consegue ver os efeitos punitivos do ato de cometer um crime (lado negativo) e reafirma o compromisso e a efetividade da norma penal (lado positivo) (SILVA, 2017).

Portanto, conseguimos chegar em uma interpretação muito clara e objetiva, se de um lado a prevenção geral negativa tem um maior caráter intimidatório, ou seja, dissuadir os indivíduos da sociedade de futuramente praticar crimes; de outro lado, a prevenção geral positiva buscar reafirmar à sociedade e aos cidadãos a ideia

de uma ordem social (BITENCOURT, 2012). Em um primeiro momento, a concepção negativa refere-se à ideia de coação psicológica, na qual a ameaça de punição e a previsão de uma penalidade para o ato infracional são destacadas; e na concepção positiva, a pena não tem como objetivo intimidar os delinquentes, mas sim promover a "internalização e o fortalecimento dos valores estabelecidos nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos", assumindo, portanto, um caráter pedagógico (BITENCOURT, 2012).

A prevenção especial, em sua vez, volta-se ao indivíduo infrator e se preocupa em dissuadi-lo da delinquência após a pena (SILVA, 2017). Esta também possui dois ramos de interpretação possível, assim como sua contraparte geral: na perspectiva negativa, ocorre a neutralização do indivíduo, que ao ser encarcerado é temporariamente afastado do convívio social, o que o impede de cometer novos crimes, pelo menos na sociedade em que vivia; na visão positiva, destaca-se a prioridade dada à ressocialização, buscando, por meio da aplicação da pena, fazer o indivíduo refletir sobre sua conduta e as consequências decorrentes de seu comportamento (GRECO, 2017).

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais (BITENCOURT, 2012, p. 152).

De forma resumida, essa é a teoria que justifica a finalidade da pena se distanciando da ideia de uma simples punição. Ela se fundamenta na ideia de proteção à sociedade e aos indivíduos que nela convivem.

2.2.3. A teoria mista

A terceira, e última, teoria que busca compreender o objetivo da pena é a teoria mista, ou teoria unificadora. Rogério Greco (2017) dispõe que essa é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 59, *caput*, no qual se estabelece que, ao aplicar a pena, o juiz deve, após considerar os aspectos destacados no próprio artigo, fixá-la de maneira que seja adequada e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, como também é a teoria que fundamenta a Lei de Execução Penal, que logo em seu art. 1º dispõe que "a execução penal tem por objetivo

efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração do condenado e do internado”, traduzindo uma união das duas teorias tratadas anteriormente

Na legislação penal vigente no Brasil, pode-se encontrar provas da adoção da teoria mista tanto na Lei de Execução Penal – que determina que o objetivo é a integração do condenado na sociedade, quanto no próprio Código Penal que trata da reprovação, prevenção e retribuição (SILVA, 2017, p. 56).

Para Cezar Bitencourt (2012), a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são aspectos distintos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.

Ensina Roxin (2002) que, ao desenvolver sua "teoria dialética unificadora", a função da pena, assim como a do Direito Penal, baseia-se na proteção de bens jurídicos. Isso ocorre através da prevenção geral negativa na imposição da pena, da prevenção geral e especial na sua aplicação, sempre limitada pela medida da culpa do indivíduo, e, por fim, pela prevenção especial durante a execução da pena.

Ao analisar a teoria mista, que combina as teorias absoluta e relativa, é importante destacar que ela oferece uma definição mais adequada do sistema penal brasileiro, ao unir a natureza retributiva com a função preventiva dos delitos. No entanto, o posicionamento da teoria relativa especial positiva, especialmente no que tange à ressocialização do apenado, é bastante questionável. Todavia, como mencionado, esse tema não será abordado nesta pesquisa, embora seja de grande relevância. Da mesma forma, as críticas a cada uma das teorias não serão discutidas, já que se afastam do foco principal do estudo.

2.3. OS DIREITOS, OS DEVERES E A DISCIPLINA

Alessandra Teixeira (2007) fala que, reconhecida por juristas e especialistas como uma das legislações mais avançadas, a Lei de Execução Penal (LEP) estabelece uma série de direitos e deveres tanto para os condenados quanto para os presos provisórios. Entre esses direitos estão a integridade física e mental, o acesso à educação, e a assistência médica e social, entre outros.

É conferido pela carta magna de 1988 uma multiplicidade de direitos fundamentais aos sentenciados, alguns deles estão dispostos no artigo 5º, incisos III

e XLIX, que vedam o tratamento desumano ou degradante, e também asseguram o respeito à sua integridade física e moral.

O artigo 3º da Lei de Execução Penal dispõe que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. O artigo 59, *caput*, do Código Penal estabelece que, ao definir a pena base, o juiz deve considerar, além das circunstâncias previstas no próprio artigo, o que for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (SCHMIDT, 2007).

Também ensina Andrei Zenker Schmidt (2007) que a jurisdição e, conseqüentemente, a constitucionalização da pretensão executória do Estado geram, em primeiro lugar, obrigações para os representantes do Estado, no sentido de não violarem os direitos fundamentais dos presos. Os presos, por sua vez, têm os mesmos deveres que os demais cidadãos – ou seja, o de respeitar os direitos individuais dos outros – além de um dever específico: cumprir a sanção penal imposta na sentença condenatória, com os devidos efeitos ao longo da execução. Por outro lado, esse mesmo preso mantém todos os direitos dos demais cidadãos, exceto um, que é consequência direta de seu dever especial: o direito à liberdade de ir e vir. Nada mais, nada menos.

Sendo assim, é possível inferir que além do enclausurado ter deveres, em contrapartida, o Estado também tem responsabilidades e obrigações para que os direitos dos presos sejam devidamente respeitados e garantidos durante toda a execução penal.

Entre os principais direitos dos presos, destacam-se as formas de assistência que o Estado deve fornecer, incluindo: assistência médica, com atendimento médico, farmacêutico e odontológico; assistência jurídica gratuita para detentos que não têm condições financeiras de pagar por um advogado; além de suporte em relação à alimentação e vestuário do recluso (TAVARES, 2017).

Os artigos 40 e 41 da LEP são os que dispõem sobre os direitos do preso:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI - chamamento nominal;
XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;
XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

No artigo 4,1 tem-se a extensa lista dos direitos dos presos. Dentre os direitos garantidos, estão alimentação adequada, vestuário, trabalho remunerado e previdência social, bem como a possibilidade de constituição de reserva financeira. O preso também tem direito a uma organização equilibrada do tempo, contemplando trabalho, descanso e recreação. Além disso, pode exercer atividades profissionais, intelectuais, artísticas ou esportivas que sejam compatíveis com a execução da pena.

O artigo ainda assegura diversos tipos de assistência, como a material, jurídica, educacional, social, à saúde e religiosa, e protege o preso contra formas de sensacionalismo. Entre outros direitos, destacam-se: o acesso reservado ao advogado, visitas de familiares e amigos, igualdade de tratamento (salvo as diferenças decorrentes da individualização da pena) e a comunicação com o mundo exterior, desde que respeitados os bons costumes. Também é garantido o direito de petição e representação às autoridades, audiências com o diretor da unidade e o recebimento anual de um atestado de pena a cumprir, sob pena de responsabilidade da autoridade competente.

Essas disposições reforçam os princípios de dignidade e respeito que devem orientar a execução penal, em consonância com a função ressocializadora da pena.

Do outro lado, o artigo 39 é o que trata dos deveres do apenado:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:
I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
X - conservação dos objetos de uso pessoal.
Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

O referido dispositivo tem o objetivo de estabelecer normas de conduta que visam manter a ordem, a disciplina e a fiel execução da sentença. Dentre essas obrigações, destaca-se a necessidade de comportamento disciplinado, com o cumprimento integral da decisão judicial e o respeito às autoridades e a qualquer pessoa com quem o condenado se relacione, sendo destacado o bom relacionamento entre os detentos.

Outro ponto relevante é a vedação à participação em movimentos de fuga ou ações subversivas, sejam elas individuais ou coletivas, preservando a ordem e a disciplina no ambiente prisional. O condenado também deve executar as tarefas e ordens que lhe forem atribuídas, bem como submeter-se às sanções disciplinares eventualmente impostas.

Ademais, o artigo prevê a obrigação de indenização à vítima ou aos seus sucessores e, quando possível, ao Estado, pelos custos de sua manutenção, por meio de descontos proporcionais da remuneração do trabalho realizado. Também são de responsabilidade do preso a manutenção da higiene pessoal, o asseio do local onde reside e a conservação dos objetos de uso pessoal.

Além dos direitos estabelecidos na Lei de Execução Penal, os presos também têm direito aos direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal, desde que sejam compatíveis com sua condição de cumprimento de pena. Estar detido não retira de ninguém a condição de sujeito de direitos.

Conforme ensina Alessandra Teixeira (2007), impor um tratamento legal à disciplina carcerária significou trazer para os parâmetros da legalidade, do devido processo legal e, em tese, do controle judicial, a base fundamental para o funcionamento da prisão. Com a extinção da cela forte, a regulamentação do procedimento disciplinar, a aplicação das sanções previstas em lei, a definição de

condutas consideradas faltas graves e suas respectivas punições, além do controle jurisdicional sobre toda a dinâmica disciplinar — tanto por meio de correições nos presídios quanto pela avaliação dos processos disciplinares por faltas graves — a LEP adentrou o campo obscuro e central da existência prisional, introduzindo previsões legais e a mediação do sistema de justiça nesse contexto. Cabe ressaltar que, de acordo com o princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer algo ou deixar de fazer, senão em virtude da lei. Consequentemente, pode-se concluir que é permitido ao preso tudo aquilo que não lhe é proibido.

Quanto às obrigações dos detentos, a principal delas é manter um comportamento disciplinado e cumprir fielmente a sentença penal que lhe foi imposta. Respeitar as regras internas das unidades penitenciárias é parte do cumprimento desses deveres, que impõem limitações que vão desde a maneira de se movimentar dentro do estabelecimento até a forma de se expressar.

A falta de observação de algum dever pode acarretar sanções e consequências danosas aos detentos, que podem perder “regalias” e direitos conquistados no processo de cumprimento de pena.

Todos esses direitos e deveres dispostos na Lei de Execução Penal, estabelecem o mínimo necessário para que se possa punir e, simultaneamente, humanizar. Com o trabalho prisional, os detentos têm a possibilidade de se qualificarem durante o cumprimento da pena e desfrutar do direito de remissão de 01 (um) dia da pena para cada 03 (três) dias de trabalho, e também têm a possibilidade de reinserção social.

É Celso Limongi (2017) quem nos ensina que o combate ao crime não se realiza por meio do punitivismo do Estado, mas pela solução dos problemas sociais, entre os quais se destaca a imensa desigualdade social e o conseqüente tratamento desigual, incluindo a desigualdade de consideração. Conforme o autor, todos os homens são iguais perante a lei, mas não recebem o tratamento igualitário, que é supostamente dado pela lei, da sociedade. Nesse contexto, tanto a sociedade quanto o Estado muitas vezes não reconhecem o criminoso como uma pessoa, um sujeito de direitos, relegando-o ao abandono. Por outro lado, a Lei de Execução Penal busca promover a reeducação do indivíduo para sua reinserção na sociedade, permitindo a possibilidade de um convívio pacífico.

Ao analisar os deveres estabelecidos na Lei de Execução Penal, percebe-se que o principal objetivo é a reintegração dos presos à sociedade, conforme aponta o artigo 1º, que afirma que a execução penal deve promover a integração social harmônica do condenado. Para a LEP, os valores esperados de um cidadão socializado incluem comportamento disciplinado, obediência, urbanidade, trabalho e higiene (TAVARES, 2017).

Portanto, mesmo em relação aos deveres dos condenados, é fundamental que se respeitem os princípios constitucionais e a finalidade da pena privativa de liberdade, garantindo que a punição não se assemelhe a uma vingança, sem nunca desconsiderar a dignidade da pessoa humana.

Porém, não seguir esses deveres terminará em consequências ao preso. A LEP estabelece a previsão de diversas categorias de faltas disciplinares que são classificadas em natureza leve, média e/ou grave, as quais serão abordadas no próximo tópico.

2.4. AS FALTAS

Falta é a conduta que ofende a disciplina e a ordem no estabelecimento penitenciário.

As faltas disciplinares são classificadas como leves, médias ou graves, dependendo da situação. Para faltas leves ou médias, o próprio estabelecimento penal pode aplicar punições de acordo com seu regimento interno, desde que esteja em conformidade com a LEP e respeite as sanções previstas no artigo 53. No caso de faltas graves, é imprescindível instaurar o Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para investigar a conduta do enclausurado, que pode resultar em suspensão ou restrição de direitos, conforme o artigo 41, parágrafo único, da LEP.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

O objetivo deste capítulo é analisar as espécies de faltas graves previstas na LEP, os procedimentos realizados para apuração de incidentes e suas principais consequências.

2.4.1. Os tipos de falta grave

A execução da pena se caracteriza pelo cumprimento da condenação imposta, além da obediência e respeito às normas internas estabelecidas pelas penitenciárias e presídios, que são regulamentadas por portarias e resoluções.

Christiane Russomano Freire (2005) é quem ensina que, no universo prisional, observa-se que os dispositivos disciplinares, ao criarem uma rede coercitiva composta por várias regras impostas aos condenados, não apenas infringem de maneira significativa os direitos e garantias individuais, mas também, de forma sutil, comprometem a perspectiva ressocializadora, alimentando o próprio sistema penal.

As faltas disciplinares acontecem quando o recluso não cumpre as regras estabelecidas, seja pela LEP ou pelo regulamento interno de cada unidade prisional. No entanto, cabe exclusivamente à LEP definir as faltas de natureza grave.

Portanto, existe no artigo 50 o extenso rol de possibilidades de falta grave:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II - fugir;
III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV - provocar acidente de trabalho;
V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei;
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007).
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Os deveres mencionados no inciso VI do artigo em questão, cuja violação resulta em falta de natureza grave, referem-se ao artigo 39 da LEP. Esses deveres incluem o inciso II, que trata da obediência aos servidores e do respeito a qualquer

pessoa com quem o recluso deva se relacionar, e o inciso V, que se refere à execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Além das possibilidades do art. 50, temos ainda a previsão do artigo 52 do estatuto penitenciário, de acordo com ele a prática de um delito doloso também deverá ser considerada uma falta com natureza grave.

De acordo com o princípio da legalidade, o rol de faltas graves mencionado é taxativo, ou seja, não pode ser ampliado pelo intérprete da lei. Portanto, não existe previsão legal que permita à administração criar, adicionar ou modificar a lista de faltas com a natureza grave descrita.

Ana Claudia Ribeiro Tavares (2017) diz que ao analisar o rol de faltas de natureza grave e as faltas classificadas como médias e leves no Regimento Interno Padrão, percebe-se que restam poucas alternativas de liberdade para o indivíduo encarcerado, que se vê forçado a "prisionalizar-se" para sobreviver ao sistema. Assim, é considerado um bom comportamento carcerário aquele que se adapta às normas disciplinares sem demonstrar qualquer forma de indignação. Para aqueles que vivem no regime prisional, seja trabalhando dentro das unidades ou lidando diretamente com os processos de execução, é fácil perceber que os sentenciados precisam se conformar com as regras impostas; qualquer manifestação de indignação resulta em punições administrativas. Não se trata de afirmar que os presos podem escolher como cumprir a pena que lhes foi imposta, mas sim de constatar que o controle disciplinar afeta gravemente a execução da pena e, em certos casos, acaba por restringir os direitos do condenado.

É na definição das faltas consideradas graves que o tema ganha especial importância, não apenas pela sanção disciplinar prevista (isolamento celular), mas também pelos efeitos colaterais que podem surgir, como a classificação da conduta carcerária como péssima, regressão de regime, perda (ilegal) de dias remidos, suspensão de saídas temporárias, entre outros. Dado que ter um bom comportamento carcerário é um requisito para a obtenção da maioria dos benefícios previstos na LEP, as sanções disciplinares podem inviabilizar a possibilidade de cumprir a pena em um regime mais brando e dificultar a atenuação da pena (MARCÃO, 2012).

2.4.2. A apuração da falta grave

Primeiramente, é importante ressaltar que cabe à administração prisional avaliar o comportamento do preso e determinar, por meio da abertura de um processo administrativo disciplinar, se a conduta é de natureza leve ou média, conforme as regras internas do estabelecimento prisional, ou se é considerada grave, fundamentando-se nos incisos do artigo 50 e seguintes da LEP.

Quem faz esse entendimento é a corte catarinense:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. RECURSO DO APENADO. AFASTAMENTO DA FALTA GRAVE E DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALTA MÉDIA. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO DIRETOR DA UNIDADE PRISIONAL PARA RECONHECER A FALTA GRAVE. ANÁLISE JUDICIAL RESTRITA À LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES. HOMOLOGAÇÃO MANTIDA.

"A competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV)" (STJ, Recurso Especial n. 1.378.557/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, j. em 23.10.2013).

PERDA DE DIAS REMIDOS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO.

O magistrado deve fundamentar a escolha da fração para a perda de dias remidos, observando os critérios definidos no art. 57 da Lei n. 7.210/1984, com base em elementos concretos. No caso sub judice, as circunstâncias e as consequências do fato recomendam a manutenção da perda de dias remidos na fração de 1/4.

RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 8000593-46.2023.8.24.0064, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Roberto Lucas Pacheco, Segunda Câmara Criminal, j. 28-11-2023). (grifou-se).

Assim, esse entendimento determina que a administração prisional, por ter a função de supervisionar os presos e suas condutas dentro do ergástulo, é a que melhor pode reconhecer e certificar a atitude dos reclusos, julgando o fato e classificando a falta como leve, média ou grave.

O procedimento realizado dentro do estabelecimento prisional para apuração dos incidentes disciplinares é conhecido como Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD). No PAD, é obrigatório garantir aos presos o direito de defesa, conforme previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, e no artigo 59 da LEP. Após a conclusão do procedimento, o resultado será enviado ao juízo da vara de execuções penais.

Conforme Renato Marcão (2012), a prática da execução penal contraria vários dispositivos da própria Lei de Execução Penal, evidenciando um grande desrespeito às garantias constitucionais. A falta de observância dessas garantias resulta na nulidade de diversos atos; por exemplo, a ausência de uma audiência de justificação para que o condenado apresente sua defesa gera a nulidade de qualquer punição que possa ter sido aplicada.

Em relação à audiência de justificação, o Tribunal Catarinense tem adotado a posição de que, se o condenado já foi ouvido na unidade prisional, com a presença de um advogado ou defensor público, garantindo o contraditório e a ampla defesa, a designação de audiência em juízo torna-se desnecessária. Nesse caso, cabe ao magistrado apenas analisar o controle de legalidade dos atos praticados pela unidade prisional.

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem esse entendimento:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE E ALTEROU A DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE EVENTUAIS BENEFÍCIOS. INCONFORMISMO DA DEFESA.

NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. VÍCIO NÃO VERIFICADO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APENADO OUVIDO NA PRESENÇA DE DEFENSORA NO PAD. INEXISTÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

Nas hipóteses de reconhecimento de falta grave em que não haja regressão do regime prisional, é prescindível a realização da audiência de justificação perante o juízo.

NULIDADE DO DECISUM POR CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MÁCULA. PRETENSA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO NO MÉRITO DO INCIDENTE. ANÁLISE JUDICIAL RESTRITA À LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. FALTA GRAVE, CONSISTENTE NA PRÁTICA DE NOVO CRIME, CONFIGURADA.

Consoante entendimento desta Corte de Justiça, "a competência para apuração e reconhecimento de falta grave no âmbito da execução penal é do diretor da unidade prisional, cabendo ao magistrado somente o controle de legalidade do indispensável procedimento administrativo disciplinar e a imposição das sanções que contam com cláusula de reserva de jurisdição, sendo vedada incursão judicial no mérito administrativo" (Agravo de Execução Penal n. 0001551-82.2018.8.24.0020, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 24/4/2018).

PERDA DE PARTE DOS DIAS REMIDOS. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA SANÇÃO OU ADEQUAÇÃO DO QUANTUM APLICADO. NÃO CABIMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) PRESERVADA.

A perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos mostra-se proporcional e adequada quando fundamentada na gravidade concreta da falta praticada. **PRELIMINARES RECHAÇADAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 8000418-14.2024.8.24.0033, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 06-06-2024). (grifou-se).

E:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE POR DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA PRISÃO DOMICILIAR. APENADO QUE DEIXOU ACABAR A BATERIA, ROMPEU A TORNOZELEIRA ELETRÔNICA E NÃO ATENDEU AS LIGAÇÕES DA CENTRAL DE MONITORAMENTO.

RECURSO DA DEFESA. AVENTADA TESE DE NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO PRÉVIA DE PAD. INSUBSISTÊNCIA. TEMA 941 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PRECEDIDA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. OITIVA DO APENADO, DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ASSEGURADAS AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DO QUE AQUELE FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE REGRESSÃO EXPRESSA NO ART. 118, I, DA LEP E ART.33, §2º DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. REGRESSÃO DECORRENTE DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE. SENTENÇA ESCORREITA NO PONTO. TESE RECHAÇADA. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO NO JUÍZO SINGULAR CONDIZENTE COM A ATUAÇÃO DO DEFENSOR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. DEVIDA A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS COMPLEMENTARES.

"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" (Tema 941, STF).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA FIXAR HONORÁRIOS RECURSAIS EM FAVOR DO DEFENSOR NOMEADO.

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 8000033-23.2024.8.24.0015, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, Terceira Câmara Criminal, j. 11-06-2024). (grifou-se)

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que, considerando que o artigo 118, §2º, da LEP não especifica a exigência de uma oitiva pessoal do condenado, apenas mencionando a necessidade de sua oitiva, esta pode ser realizada no âmbito administrativo, desde que com o acompanhamento de uma defesa técnica (BRASIL, 2015).

Dessa forma, observa-se que é garantido ao condenado o direito à defesa, com a presença de seu defensor, ao prestar depoimento dentro da unidade prisional.

Além disso, de acordo com o art. 2º da Lei de Execução Penal, o processo de execução deve ser regido tanto pelos dispositivos da própria Lei de Execução

Penal quanto pelo Código de Processo Penal. Isso justifica a necessidade de garantir ao condenado todos os princípios e direitos que são assegurados ao acusado durante o processo de conhecimento.

Nesse sentido, estabelece a Súmula 533 do STJ 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 nomeado.

Portanto, é fundamental preservar o direito de defesa do recluso nos incidentes disciplinares instaurados contra ele, assegurando que essa defesa seja realizada por seu advogado constituído ou, na ausência deste, por um defensor público ou dativo nomeado pelo juízo.

Após a oitiva do detento e das testemunhas, e concluído o relatório pela comissão técnica, o diretor prisional decidirá sobre a sanção a ser aplicada. Em seguida, o processo será encaminhado ao juiz da execução penal para a devida homologação.

Renato Marcão (2012) diz que, no caso da prática de crime doloso, não é preciso esperar pela condenação ou pelo trânsito em julgado da sentença penal para que o ato seja classificado como falta grave e homologado. Além disso, destaca-se que essa medida não viola o princípio de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Basta a prática do crime doloso para evidenciar o completo desrespeito do recluso em relação à disciplina necessária no ambiente prisional.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu por unanimidade, em 29 de agosto de 2014, a repercussão geral em matéria tratada no Recurso Extraordinário (RE) 776.823, em que se discute a necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso.

A manifestação da Procuradoria Geral da República, em 18 de dezembro de 2013, é pelo provimento do Recurso Extraordinário nº 776.823 – RS nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FALTA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME

DOLOSO. SANÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO INADEQUADA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. PRECEDENTES DO STF. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

O ideal seria que, para evitar decisões conflitantes, como a possibilidade de absolvição no processo penal e condenação no procedimento administrativo, aguardasse-se a conclusão do processo criminal. No entanto, devido à lentidão no julgamento desses processos, essa prática se torna praticamente inviável diante da "necessidade" de punir o preso disciplinarmente de forma mais imediata (TAVARES, 2017).

O procedimento administrativo disciplinar tem como objetivo a apuração detalhada de todos os fatos e circunstâncias envolvidos, para que, posteriormente, sejam aplicadas as sanções cabíveis. Além disso, deve ser devidamente fundamentado, sob pena de nulidade, conforme estabelece o art. 59, parágrafo único da LEP.

Ao final do PAD existem três resultados possíveis: o reconhecimento da falta grave; o reconhecimento da falta leve ou média; o não reconhecimento da falta ou a não possibilidade de reconhecimento da autoria ou materialidade.

No caso de reconhecimento de falta leve ou média, é responsabilidade do diretor da unidade prisional aplicar a sanção correspondente. Contudo, se não for constatada a ocorrência de falta disciplinar ou se não for possível determinar a autoria, não há como aplicar qualquer tipo de punição.

Entretanto, quando há constatação e identificação de falta disciplinar de natureza grave, são aplicáveis as sanções disciplinares previstas no art. 53 da LEP, que serão discutidas a seguir.

Porém, enquanto o PAD está pendente de julgamento, a análise para a concessão de eventuais benefícios fica prejudicada, uma vez que não é possível avaliar o requisito subjetivo.

Inclusive, essa é a jurisprudência da egrégia corte de Santa Catarina:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DE PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME, ATÉ QUE RESOLVIDO INCIDENTE DE APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. INVIÁVEL A ANÁLISE DO PLEITO DE PROGRESSÃO POR ESTA CORTE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EVENTUAL RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE QUE IMPLICARÁ A REGRESSÃO

DO REGIME E A INTERRUPTÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA, COM A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, INCLUINDO FUTURA PROGRESSÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. PORÉM, DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA QUE O MAGISTRADO A QUO IMPRIMA CELERIDADE AO INCIDENTE DE APURAÇÃO DA FALTA GRAVE.

A suspensão dos benefícios quando pendente incidente de apuração de falta grave justifica-se, sobretudo, em nome da economia e da celeridade processuais e a fim de evitar-se possível tumulto no feito, impedindo a concessão de benesses - que demandam uma grande movimentação dos Órgãos estatais e a alteração de importantes marcos no processo de execução (como a definição da data-base) -, sem que se tenha uma definição segura a respeito do preenchimento dos seus requisitos.

Ocorre que se, por um lado, o dever de cautela recomenda a suspensão dos benefícios até que devidamente apuradas as faltas graves pendentes, por outro lado, não se pode permitir que a demora na resolução dos incidentes retarde, indefinidamente, o gozo de direitos pelo apenado.

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 8000624-28.2024.8.24.0033, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 11-07-2024). (grifou-se).

Portanto, é fundamental a realização do procedimento administrativo disciplinar, pois apenas com o PAD concluído é possível punir aquele que cometeu a falta durante a execução da pena e também determinar qual tipo de penalização deve ser aplicada.

Como se observa, a importância do PAD no andamento do processo de execução penal é uma parte importantíssima. Por isso se faz necessário entender esse instituto do direito administrativo com todas as suas minúcias. E este será o assunto do próximo capítulo.

3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Este capítulo busca explorar o Processo Administrativo Disciplinar e traçar uma conexão com o Direito Penal, evidenciando as semelhanças entre o Direito Administrativo Sancionador e sua função enquanto mecanismo de regulação do poder punitivo exercido pelo Estado. Para tanto, será imprescindível analisar o PAD e o Direito Administrativo de forma mais ampla, desvinculados do contexto da execução penal, a fim de compreender sua natureza e princípios subjacentes.

Diante da contextualização prévia do problema abordado neste estudo, torna-se necessário realizar algumas considerações iniciais que possibilitem o alcance das conclusões pretendidas. Seguindo os ensinamentos de Gustavo Binenbojm (2006), é relevante destacar que as origens do direito administrativo brasileiro remontam ao início do século XIX, sendo fortemente influenciado pela matriz francesa. Essa matriz era marcada pela ênfase na supremacia do interesse público e na natureza vertical das relações entre a Administração Pública e os indivíduos, refletida por meio de atos unilaterais e de caráter imperativo.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 se posiciona como um divisor de águas no sistema jurídico brasileiro, introduzindo um verdadeiro corte epistemológico. Por meio de sua promulgação, houve a consolidação de princípios e a formalização de direitos essenciais ao Estado Democrático de Direito, impondo a necessidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a valorização da dignidade da pessoa humana. Essa nova ordem culminou na implementação de medidas que visam prevenir excessos do Estado e preservar os direitos individuais.

A Administração Pública brasileira, então remodelada, passa a se orientar pela restrição da arbitrariedade administrativa e burocrática, guiando-se por princípios como o interesse público e a legalidade, com o objetivo de proteger o administrado. Este é reconhecido como um sujeito pleno de direitos e merecedor de proteção jurídica, inserindo-o de forma central nas relações com o poder estatal.

3.1. ORIGENS E TRAJETÓRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL

A compreensão da concepção de Estado é um ponto fundamental para a análise da Administração Pública e do Direito Administrativo. Embora não haja um consenso quanto ao momento exato de seu surgimento ao longo da história, pode-se afirmar que, com o desenvolvimento das primeiras estruturas sociais e a formação de comunidades, começaram a emergir traços característicos do que atualmente entendemos como Estado.

Conforme Gustavo Binbenbojm (2006), o Estado pode ser interpretado como um fenômeno social intrinsecamente ligado à evolução da organização humana, representando a culminação de processos históricos e sociopolíticos que moldaram as bases das interações coletivas e do exercício do poder. Essa perspectiva permite reconhecer o Estado como um produto dinâmico da progressão das sociedades, cujas funções e princípios evoluíram à medida que as necessidades e complexidades das relações humanas se transformaram.

Sob uma perspectiva ontológica, a concepção de Estado envolve a ideia de um organismo autônomo, dotado de funções e finalidades específicas que permitem a conformação de uma entidade capaz de representar uma sociedade politicamente estruturada. Essa concepção sublinha a existência de uma organização que transcende a mera soma de indivíduos, configurando um ente que encarna os interesses e a vontade coletiva, consolidando-se como um sujeito central na construção e manutenção da ordem social e política (BINENBOJM, 2006).

Conforme a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2011), o Estado é caracterizado como um ente revestido de personalidade jurídica de Direito Público. Essa qualificação confere ao Estado a capacidade de assumir e cumprir obrigações jurídicas, assegurando sua posição não apenas como um agente de poder, mas como uma entidade com responsabilidades legais próprias. Essa personalidade jurídica confere ao Estado a legitimidade para agir em nome do interesse público, sublinhando sua função reguladora e protetora na salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos.

De acordo com as concepções predominantes, a instituição do Estado de Direito se caracteriza por condicionar o exercício do poder público a um conjunto de normas jurídicas. Nesse cenário, o Direito Administrativo surge como um ramo autônomo, estruturado em um sistema próprio de normas e princípios. Fundamentado no princípio da legalidade, assegura que todos, inclusive o próprio

Estado, estejam subordinados às leis, garantindo a legitimidade e a transparência na atuação administrativa.

Conforme Hely Lopes Meirelles (2011), o Direito Administrativo possui a função essencial de delimitar e regular o exercício da atividade administrativa, conduzida por órgãos e agentes públicos, sempre com o objetivo de preservar o interesse público. Com essa finalidade, surge para estruturar e organizar internamente a Administração Pública, garantindo que suas ações estejam alinhadas aos princípios da eficiência e da legalidade. Importante destacar que, embora seja fundamental para a atuação administrativa, o Direito Administrativo não se propõe a interferir em outras esferas do Estado, como as atividades legislativas ou sociais, preservando assim a separação de funções e competências estatais.

No âmbito interno, a Administração Pública, para exercer suas competências de maneira eficiente e atender progressivamente às necessidades da coletividade, precisa de mecanismos que organizem e controlem a atuação de seus agentes e de seus administrados. Esses métodos incluem a verificação do cumprimento rigoroso das leis e a aplicação de sanções em casos de infrações administrativas. Essa necessidade de garantir a legalidade e a disciplina na gestão pública impulsionou o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador, um ramo voltado a regular e impor sanções administrativas, assegurando que a conduta dos agentes públicos se alinhe aos princípios e normas estabelecidos (MEIRELLES, 2011).

O Direito Administrativo Sancionador ou Disciplinar decorre da competência de a Administração Pública impor modelos de comportamento a seus agentes e administrados, com o objetivo de manter a regularidade, em sua estrutura interna, na execução e prestação dos serviços públicos. Quanto ao tema, defendem José Roberto de Oliveira e Dinorá Grotti:

O ordenamento administrativo, para plenitude de sua efetividade na defesa de interesses públicos, necessita lançar mão de sanções jurídicas, no regramento das condutas intersubjetivas de agentes públicos e de administrados (pessoas físicas e jurídicas). A institucionalização de modelos sancionatórios é condição indispensável para resguardar os bens e interesses valiosos à forma de organização política do Estado. Nestes modelos, as sanções decorrem do processo de imputação de responsabilidade em razão da prática de ilícitos. (OLIVEIRA, GROTTI, 2020, p. 83)

Conforme Marçal Justen Filho (2022), o Direito Administrativo Sancionador, em sua origem, carrega uma índole marcadamente autoritária, resultante da atribuição de poderes regulatórios voltados para assegurar a prevalência dos interesses estatais sobre os particulares. Essa característica autoritária decorre do próprio regime administrativo, que envolve prerrogativas especiais e coloca a Administração Pública em uma posição de superioridade em relação aos administrados. Assim, as relações entre a Administração e os cidadãos tendem a ser verticalizadas e hierarquizadas, refletindo a natureza assimétrica desse ramo do Direito, onde o poder estatal se sobrepõe para manter a ordem e o interesse coletivo.

Contudo, de acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), o Direito Administrativo Sancionador não se destina a ser um mero instrumento de imposição de poder e intransigência. Pelo contrário, surge como um mecanismo de contenção dos excessos cometidos pelo próprio Estado, funcionando como uma ferramenta para assegurar que o poder punitivo seja exercido dentro de limites legais. Além disso, destaca-se seu papel em evidenciar os deveres que a Administração Pública tem perante os cidadãos, diferenciando-se assim do direito comum ou privado pela sua natureza específica e pela busca do equilíbrio entre autoridade e proteção dos direitos individuais.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti e José Roberto Pimenta de Oliveira (2020), o principal marco no desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador é a Constituição Federal de 1988. O reconhecimento da normatividade desse texto constitucional, juntamente com sua superioridade hierárquica, exige que todo o sistema normativo se ajuste aos princípios e diretrizes estabelecidos pela Constituição, funcionando como um filtro valorativo que orienta a criação e a aplicação das normas.

Assim, o texto constitucional, em seu artigo 37, *caput*, estabelece que a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Como exemplo, o princípio da legalidade foi reinterpretado à luz da Constituição Federal, o que implica que a atuação administrativa não deve se restringir ao mero cumprimento das leis,

mas também deve respeitar os demais princípios constitucionais que atuam como limites à implementação e efetividade dos interesses públicos.

Nesse contexto, é relevante destacar que a natureza jurídica do Direito Administrativo Sancionador gera intensos debates entre os juristas, com uma comparação significativa com o Direito Penal. Ambos representam vertentes do Direito Público com um caráter punitivo, uma vez que tanto as sanções administrativas quanto às sanções de natureza penal são manifestações do poder punitivo ou *jus puniendi* do Estado. Essa semelhança revela as duas modalidades fundamentais de intervenção estatal, demonstrando que, apesar das diferenças em seus objetivos e procedimentos, ambos os ramos visam à proteção da ordem pública e à manutenção da legalidade, refletindo o papel do Estado na regulação das condutas individuais em busca do bem coletivo.

Essas espécies de sanções são frequentemente diferenciadas com base em suas finalidades específicas. No caso das sanções penais, o foco é a proteção da ordem social em sua totalidade, assegurando valores mais amplos e universais. Por outro lado, as sanções administrativas têm como objetivo a salvaguarda da organização e da ordem interna da Administração Pública, garantindo o adequado funcionamento da máquina estatal.

Dessa forma, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), as sanções administrativas, como expressão do Direito Administrativo Sancionador, constituem uma manifestação distinta do poder punitivo estatal. Isso se deve ao fato de que essas sanções visam aspectos variados da sociedade, focalizando a proteção do interesse público. Assim, as sanções administrativas transcendem a mera atividade de polícia, abrangendo também outras dimensões administrativas, como o ordenamento social e as funções regulatórias.

É fundamental entender que o direito punitivo estatal, tanto na forma do Direito Penal quanto do Direito Administrativo, é fundamentado em um conjunto de princípios e normas estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que garantem os direitos dos cidadãos e dos administrados, respectivamente. Embora não exista uma identidade absoluta entre as esferas penal e administrativa sancionadora, é possível reconhecer um núcleo comum de princípios que orientam o exercício do poder punitivo pelo Estado. Assim, a Constituição Federal de 1988 assegura que, independentemente de a sanção ser aplicada pela Administração Pública ou pelo

Judiciário, existem princípios destinados a limitar os excessos do *jus puniendi*, protegendo os direitos fundamentais e garantindo um tratamento justo e equitativo a todos os indivíduos.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003), as normas sancionadoras têm como finalidade primordial a defesa dos interesses públicos. Quando ocorre uma prática que atenta contra bens coletivos, a imposição da sanção cabível serve como um mecanismo de responsabilização. Assim, a definição dos limites e do alcance da categoria do Direito Administrativo Sancionador centra-se no conteúdo jurídico do que se compreende por sanção administrativa. Essa compreensão é crucial para garantir que as sanções sejam aplicadas de maneira adequada. Nesse ponto, Fábio Medina Osório leciona que:

A Administração Pública pode ser vítima de ataques a bens jurídicos por ela protegidos ou que digam respeito à sua existência, assumindo posições diversificadas na perspectiva processual, ora como promotora de acusações, ora como vítimas de ilícitos, ora nessa dúplici condição simultaneamente. No patamar de vítima, pode ocorrer que a Administração não disponha da titularidade para determinado processo punitivo, não obstante tratar-se de interesses seus e da sociedade que estejam em jogo. Em tal situação, vale frisar que o Estado Administrador ainda recebe a tutela do Direito Administrativo, embora sua operacionalização possa ocorrer através do Poder Judiciário e de instituições como o Ministério Público. Esta será uma deliberação do legislador, que ostenta competências soberanas e discricionárias para tanto. Segundo se percebe, em realidade, cabe ao legislador outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções. (OSÓRIO, 2019, item 2.1.2.1).

Atualmente, com base nos princípios estabelecidos pelo texto constitucional, o Direito Administrativo Sancionador se preocupa não apenas com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, mas também com a legitimidade e a eficácia das normas e dos institutos sancionadores. Esses mecanismos são essenciais para a tutela e a concretização dos interesses públicos no exercício da atividade administrativa. Assim, busca-se garantir que a aplicação das sanções administrativas não apenas proteja a ordem pública, mas também reflita um compromisso com a justiça e a transparência, promovendo uma Administração Pública que atua em conformidade com os valores democráticos.

3.2. APROXIMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR AO DIREITO PENAL E O ARE 843.989

A concepção de que o Direito Administrativo Sancionador se aproxima do Direito penal não é uma ideia estranha ao nosso ordenamento jurídico atual.

Em 12 de dezembro de 2022, foi publicado o acórdão do ARE 843.989, que consolidou a tese sobre a aplicação das disposições da Lei n. 14.230/21, a qual promoveu alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92). Entre outros aspectos relevantes, o acórdão aborda questões relacionadas à natureza do ato de improbidade administrativa e ao regime jurídico aplicável ao caso em questão. O enfoque dado a esses temas é essencialmente centrado na relação — ou no distanciamento — entre o Direito Administrativo Sancionador e o direito penal, evidenciando as intersecções e distinções que permeiam a responsabilização por atos de improbidade no contexto das normas administrativas e penais.

No que tange à natureza do ato de improbidade, alguns ministros argumentaram que o regime da improbidade administrativa se assemelha ao direito penal, sustentando que, por essa razão, os princípios deste último seriam aplicáveis por simetria. Em contrapartida, outros ministros defenderam a atribuição de uma natureza civil a esses atos.

A extensão dos votos e os posicionamentos divergentes evidenciam a complexidade dessa discussão, ressaltando a necessidade de uma definição clara sobre a abrangência e os efeitos do enquadramento legal do sistema de improbidade no contexto do Direito Administrativo Sancionador, conforme disposto no art. 1º, § 4º, da Lei n. 8.429. Essa definição é crucial para estabelecer parâmetros precisos na responsabilização e na aplicação das sanções administrativas.

Como se extrai dos votos dos Ministros, que serão aqui resumidos, a definição do Direito Administrativo Sancionador se constitui em uma questão controversa e anterior à natureza do ato de improbidade.

Portanto, por ser questão controversa e fugir do escopo deste trabalho, não será adotada nenhuma posição específica, porque o que interessa para este trabalho é a concepção de que existem, em algum nível, sobreposições entre os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Esse, aliás, foi o entendimento majoritário da suprema corte (três votos a favor da sobreposição com

ressalvas e quatro a favor da analogia entre os ramos, sendo o resto pela distinção dos ramos).

3.2.1. As controvérsias do ARE 843.989

Para compreender os resultados do julgamento do ARE 843.989, é fundamental entender o que estava em questão. No contexto da improbidade administrativa, é crucial ter uma definição precisa sobre o Direito Administrativo Sancionador. Essa conexão é estabelecida pelo art. 1º, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, que foi modificado pela Lei n. 14.230/21. Esse artigo determina que os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador devem ser aplicados ao sistema de improbidade.

Assim, fica garantido que, por se tratar de um tema inerente ao Direito Administrativo Sancionador, a interpretação acerca da natureza do ato ímprobo resulta diretamente da compreensão sobre esse ramo do direito, evidenciando uma relação indissociável entre eles. Essa perspectiva é essencial para a adequada aplicação das normas e para a responsabilização em casos de improbidade.

O Direito Administrativo Sancionador é usualmente interpretado de duas maneiras distintas. Uma das correntes se posiciona pela sua proximidade intensa com o direito penal, o que permitiria a utilização de interpretação por analogia das regras de Direito Administrativo Sancionador.

Dessa forma, Fábio Medina Osório (2020) ensina que os princípios do direito penal e do direito processual penal deveriam ser aplicados ao Direito Administrativo Sancionador por simetria. Essa correlação se justifica pelo fato de que ambos lidam com a imposição de sanções severas em decorrência de ilícitos cometidos, caracterizando-se, assim, como expressões do *jus puniendi* estatal. A analogia entre esses ramos do direito enfatiza a necessidade de garantir que os procedimentos e as normas que regem as sanções administrativas mantenham a mesma rigidez e proteção aos direitos dos administrados, assim como ocorre no âmbito penal. Essa abordagem contribui para a legitimidade e a efetividade do sistema sancionador como um todo.

A outra corrente afirma a independência e autonomia de ambas as áreas, o que não permitiria uma transposição automática dos princípios.

De acordo com essa vertente, as garantias constitucionais do direito penal não devem ser aplicadas aos ilícitos administrativos, uma vez que não há previsão expressa para tal. Como exemplo, para essa corrente, a regra da retroatividade não se aplicaria às normas de Direito Administrativo Sancionador, uma vez que a Constituição determina que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (art. 5º, inc. XL). Nesse contexto, Marçal Justen Filho (2022) esclarece que essas garantias são, na verdade, inerentes ao direito público sancionatório e, embora formalmente consagradas no âmbito do direito penal, devem igualmente ser aplicadas aos processos de sanção administrativa.

Os votos dos ministros no julgamento do ARE 843.989 abordaram essas controvérsias de maneira significativa. Em virtude da relação intrínseca entre os temas, a maioria dos ministros baseou seu posicionamento sobre a natureza do ato ímprobo em sua compreensão acerca do Direito Administrativo Sancionador.

3.2.2. Os votos a favor da analogia entre os ramos

Os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes adotaram a primeira corrente para fundamentar seus votos.

O Min. Nunes Marques afirmou que “em face de uma pretensão punitiva, quer no âmbito penal, quer no campo administrativo, o regime jurídico aplicável é o de direito sancionador” – o que garantiria que o particular sujeito à pretensão acusatória do Estado devesse ser tutelado “pelos mesmos direitos e garantias fundamentais e constitucionalmente previstos contra a pretensão punitiva” (STF, 2022).

Os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, seguindo essa mesma linha de raciocínio, afirmaram que as áreas do direito penal e do Direito Administrativo Sancionador estão inter-relacionadas, pois ambas representam a manifestação penalizadora do Estado. Essa afirmação evidencia a considerável similitude ontológica e principiológica entre essas duas esferas do direito, destacando que, apesar das diferenças práticas em sua aplicação, os fundamentos subjacentes que orientam a imposição de sanções têm características comuns.

O Min. Gilmar Mendes, se referindo a uma “profunda conexão” entre os ramos, advertiu que a interpretação no sentido da independência absoluta seria um equívoco metodológico.¹

3.2.3. Votos a favor da distinção dos ramos

Por outro lado, os Ministros Alexandre de Moraes (então relator), Rosa Weber e Cármen Lúcia adotaram a segunda corrente como fundamento de seus votos.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, o Direito Administrativo Sancionador se distingue do direito penal ao afirmar que este último "materializa o *jus puniendi* na esfera judicial", enquanto aquele se aplica no exercício do *ius puniendi* administrativo. Segundo ele, apesar de ambos os ramos representarem expressões do poder punitivo estatal, eles constituem sistemas sancionatórios que não compartilham semelhanças na lógica de sua operação. Durante a sessão de julgamento, o ministro enfatizou que o Direito Administrativo Sancionador é voltado para a proteção da Administração Pública, ao passo que o direito penal se dedica à salvaguarda da liberdade do indivíduo acusado de crimes. Essa diferença fundamental, segundo Moraes, inviabilizaria qualquer tentativa de analogia entre os dois sistemas, ressaltando a necessidade de compreender cada um em seu contexto específico e nas suas finalidades distintas (STF, 2022).

As Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia rejeitaram a ideia de que haveria uma transposição automática e linear dos princípios do direito penal para o Direito Administrativo Sancionador. A Ministra Cármen Lúcia argumentou que essa rejeição se fundamenta na distinção das finalidades protetivas de cada um dos ramos do direito e na "diversidade da gravidade das sanções por eles instituídas". Essa visão reflete a complexidade da relação entre os dois sistemas e a necessidade de respeitar suas especificidades (STF, 2022).

¹ O Min. Gilmar Mendes já havia se posicionado nesse sentido em julgamento recente da Segunda Turma, ocasião na qual foi acompanhado pela maioria (com divergência do Min. Edson Fachin): “[...] o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso” (Rcl. 41.557, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 9.3.2021).

O Ministro Edson Fachin não abordou especificamente suas concepções sobre o Direito Administrativo Sancionador, mas decidiu considerar a improbidade administrativa como de natureza cível, justificando sua posição pelo fato de que a própria Constituição, por meio do art. 37, § 4º, a diferencia dos princípios aplicáveis ao direito penal (STF, 2022). Essa interpretação, ao considerar a relação intrínseca entre o Direito Administrativo Sancionador e a natureza do ato de improbidade, alinha este à segunda corrente de pensamento. Essa posição reforça a ideia de que a improbidade deve ser entendida à luz de suas características específicas, distantes das normas penais, e destaca a necessidade de uma abordagem que respeite as particularidades de cada sistema.

3.2.4. Votos a favor da analogia com ressalvas

Já os Ministros André Mendonça, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux chegaram a reconhecer a existência de certa identificação entre as áreas, mas sem corroborar com a irrestrita aplicação da simetria.

Para o Ministro André Mendonça, existe uma “inegável zona de interseção” entre o direito penal e o Direito Administrativo Sancionador, mas ambas as áreas gozam de autonomia e independência inafastáveis. Assim, a aplicação dos princípios do direito penal ao Direito Administrativo Sancionador não deve ser feita de forma absoluta, sendo necessário considerar adaptações pertinentes. Em sua análise do caso concreto, o ministro se manifestou a favor da retroatividade das disposições relacionadas à modalidade culposa do ato ímprobo, demonstrando que, embora haja interseções, é fundamental respeitar as particularidades de cada ramo do direito ao interpretar e aplicar suas normas (STF, 2022).

O Min. Luís Roberto Barroso, apesar de reconhecer como legítimas as analogias entre direito penal e Direito Administrativo Sancionador, julgou, em uma interpretação mais restrita do texto constitucional, que a retroatividade benéfica só seria imposta pela Constituição em matéria penal (STF, 2022).

O Ministro Luiz Fux destacou que, embora os dois ramos do direito compartilhem um núcleo constitucional comum, ele não os vê como “figuras exatamente idênticas”. Nesse sentido, enfatizou a necessidade de cautela ao se transpor princípios do direito penal para o Direito Administrativo Sancionador,

alertando que tal ação poderia "desnaturar a característica inerente ao ordenamento criminal de agir como ultima ratio", ou seja, como um último recurso no controle jurídico dos fenômenos sociais. O ministro também acompanhou integralmente o relator no dispositivo que determina a retroatividade da lei apenas nos casos que ainda não tenham transitado em julgado (STF, 2022).

3.2.5. Conclusão do julgamento do are 843.989

Como visto, além de tratar da natureza do ato de improbidade administrativa e o seu respectivo regime jurídico, o julgamento do ARE 843.989 também foi pautado pela discussão sobre as balizas do Direito Administrativo Sancionador.

Apesar de estabelecerem uma tese em relação às disposições da Lei n. 14.230 (Tema 1.199), os diferentes posicionamentos sobre o Direito Administrativo Sancionador revelam que o cerne da questão é muito mais complexo do que o que foi observado durante o julgamento. A ausência de clareza quanto às premissas do Direito Administrativo Sancionador gera complicações que vão além do caso concreto, uma vez que este sistema se aplica a todos os outros regimes de sanção administrativa. Essa falta de definição pode comprometer a eficácia das normas e a proteção dos direitos dos administrados, evidenciando a necessidade de um debate mais aprofundado sobre as particularidades e as implicações do Direito Administrativo Sancionador na prática.

A recente positivação da necessidade da aplicação dos "princípios do Direito Administrativo Sancionador" (art. 1º, § 4º, da Lei n. 8.429) deve aquecer ainda mais o debate. Afinal, sem delineamentos precisos a respeito das fontes e simetrias do direito sancionatório administrativo, será impossível mensurar com clareza quais seriam esses princípios exigidos pela Lei.

Porém, ao invocar o art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe sobre a retroação da lei mais benéfica ao delinquente², o voto do Min. Nunes Marques apresentou precedentes importantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema de direito sancionador.

² "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado".

De acordo com esses julgados, já foram estabelecidas diretrizes para a aplicação dos princípios penais em processos e procedimentos que não são de natureza criminal. Essa definição indica que a aplicação das garantias se refere a contextos em que há um “desequilíbrio de poder na relação jurídica entre o Estado e o particular”.

Dessa forma, considerando que o Direito Administrativo Sancionador é uma das manifestações do poder punitivo estatal de forma autônoma, o Processo Administrativo Disciplinar emerge como um dos instrumentos pelos quais essa manifestação se materializa. Portanto, para o desenvolvimento deste estudo, é fundamental compreender, a partir deste ponto, a legislação que rege o Processo Administrativo Disciplinar, por meio da análise de seu procedimento e da aplicação efetiva das sanções administrativas.

3.3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) SENDO REPRESENTANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Conforme mencionado anteriormente, a Administração Pública, por meio de sua atuação regulatória e disciplinar, exerce um impacto significativo na vida dos administrados e dos agentes públicos. Essa atuação permite a imposição de normas que estabelecem subordinação, responsabilização e punição disciplinar, com o objetivo de assegurar o bom funcionamento das atividades administrativas. Desta feita, afirma Baccelar Filho (1998, p. 40): “Atualmente a função disciplinar na esfera administrativa é vista como uma relação punitiva especial, a fim de regular a conduta de pessoas determinadas”.

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) configura-se como um importante instrumento de autotutela da Administração Pública, previsto legalmente para o exercício controlado de suas atividades. Com uma finalidade constitucional, o PAD tem a capacidade de assegurar a conformidade das ações da Administração com as normas vigentes e, ao final do procedimento, pode resultar na aplicação de sanções administrativas. Nas palavras de Diógenes Gasparini, o PAD pode ser definido como:

O conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao

controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros. (GASPARINI, 2000, p. 760)

Como instrumento de autotutela da Administração Pública, importa, sobremaneira, dentro do objetivo enfrentado pelo presente estudo, destacar importante lição dos Professores Sandro Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona, relativamente ao fim e função do PAD na realidade de um Estado Democrático de Direito:

Sob esse aspecto, considerando o fim e a função do processo administrativo disciplinar a perfilharem a apuração de infrações administrativas no seio da Administração Pública, a finalidade desse instrumento administrativo, em um Estado Democrático de Direito e como veículo de realização da democracia, por vias de um Direito justo, em notada concepção de Justiça do Direito, há de ser permeada pelas concreções fáticas de (i) garantias jurídicas gerais, da Administração, dos administrados e, sem embargo, de todo o coletivo social, destinatário dos serviços públicos; assim como (ii) garantias associadas aos direitos fundamentais; (iii) otimização do conteúdo das decisões; (iv) eficácia das decisões; (v) legitimação do poder disciplinar; (vi) correto desempenho da função; (vii) realização da justiça pela Administração Pública; (viii) aproximação entre Administração e administrado; (ix) sistematização da atuação administrativa; (x) facilitação do controle administrativo; (xi) aplicação dos princípios e regras da atividade administrativa. (DEZAN, CARMONA, 2017, p. 208)

Ademais, no que diz respeito às características do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), é possível afirmar que ele se configura como um instrumento de garantismo processual, que observa os princípios do contraditório e da ampla defesa. Destinado à apuração de possíveis desvios funcionais cometidos por agentes públicos e por demais indivíduos sujeitos à disciplina especial de seus órgãos e serviços, o PAD visa, acima de tudo, à preservação do interesse público e à proteção das funções administrativas. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda:

O procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como 'autonomia relativa'. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função

especificamente sua, em despeito de que todos coparticipam do rumo tendencial que se encadeia: destinam-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam. (MELLO, 2010, p. 446)

De acordo com esse entendimento, Matheus Carvalho (2017) destaca que o mero conhecimento por parte da autoridade administrativa sobre a ocorrência de uma infração cometida por um agente público não é suficiente para justificar a imposição de uma sanção administrativa. Assim, torna-se imprescindível a instauração de um procedimento apuratório, cujas etapas estão delineadas em lei e respaldadas por entendimentos jurisprudenciais, conhecido como Processo Administrativo Disciplinar.

Enquanto manifestação do Direito Administrativo Sancionador, fundamentado no princípio da supremacia do interesse público, que é intrínseco a qualquer organização estatal, é importante ressaltar que o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) não se configura como uma mera faculdade discricionária da Administração Pública. Trata-se, na verdade, de um verdadeiro poder-dever. Isso significa que, ao identificar uma infração, a autoridade pública é obrigada a cumprir rigorosamente a legislação pertinente, instaurando o PAD para a aplicação da penalidade cabível. A inobservância dessa obrigação pode resultar em responsabilização da própria autoridade, que, ao negligenciar essa incumbência, poderá incorrer em uma infração administrativa.

O sistema disciplinar administrativo, em sua dinâmica estrutural, apresenta semelhanças significativas com o processo judicial, pois estabelece uma relação jurídica processual entre a Administração Pública e o agente público ou qualquer terceiro sujeito ao regime administrativo. Esse relacionamento se desenvolve por meio de uma sequência organizada de atos administrativos que compõem o procedimento disciplinar. Essa estruturação é essencial para que o Estado alcance seus objetivos, efetivando a vontade da lei e aplicando a sanção que se mostra adequada e necessária.

Por fim, não se pode olvidar que a aplicação de sanções administrativas, como explorado anteriormente, pressupõe o respeito a direitos e garantias fundamentais do agente público ou do administrado, haja vista que lastreado no conteúdo axiológico trazido pela Constituição Federal, sendo devido, à guisa de

ilustração, o respeito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, motivação e razoabilidade.

Assim, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) se apresenta como um instrumento administrativo imprescindível para a realização de certos objetivos da Administração Pública, surgindo como uma consequência direta do regime estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que, em seus arts 1º., *caput* e inciso III, art. 5º, incisos LIII, LIV, LV, art. 37, *caput* e art. 41, §1º, inciso II, lista uma série de garantias aplicáveis aos administrados e aos agentes públicos, bem como dispõe sobre vedações atinentes à Administração Pública³.

Desta feita, o texto constitucional determina que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “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”; “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”; e “o servidor público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

Em outras palavras, a Constituição da República, como norma fundamental que sustenta o Estado Democrático de Direito, assegura a defesa do agente público com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios, em conjunto, garantem o devido processo legal administrativo, abrangendo tanto seu aspecto formal — que se refere ao cumprimento rigoroso das formalidades

³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - 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.”

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.”

estabelecidas em lei — quanto seu aspecto material, que diz respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante disso, é fundamental ressaltar a relevância do princípio da proporcionalidade como um guia para a aplicação das sanções disciplinares. Esse princípio estabelece a necessidade de que haja uma relação de equivalência entre a infração administrativa cometida e a sanção aplicada, resultando em uma decisão que seja não apenas legal, mas também legítima, tanto para o agente público envolvido quanto para a sociedade em geral.⁴

Além disso, a abertura de um processo administrativo punitivo para aplicar a falta grave não deve ser tratada de forma leviana na Administração Pública. É essencial que haja uma investigação diligente e uma análise criteriosa, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para que se possa apurar que realmente aconteceu uma falta grave e não outro tipo de conduta. Nesse sentido, os Processos Administrativos Disciplinares para a apuração de falta grave devem ser vistos como a última alternativa dentro do Direito Administrativo Sancionador, o que implica que eles devem ser utilizados de forma residual. Entretanto, conforme mencionado anteriormente, assim que se identifica a ocorrência de uma infração administrativa, seja por ação ou omissão no exercício das funções, a Administração Pública tem o dever de instaurar o PAD.

3.4. REGRAMENTO NORMATIVO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Passaremos agora a analisar as etapas e requisitos procedimentais que ocorrem no PAD da execução penal. Importante mencionar primeiramente que determinar qual legislação é aplicável aos PADs em caso de falta grave é

⁴ DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. DIÁRIAS INDEVIDAMENTE PERCEBIDAS E SOMENTE RESTITUÍDAS APÓS O INÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. **1. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado"** (Suzana de Toledo Barros). (STJ - REsp: 866612 PE 2006/0148970-3, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 25/10/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/12/2007 p. 305). (grifou-se).

extremamente difícil de se apontar. Isso porque existem quatro legislações distintas que podem ser aplicadas: as Leis n. 8.112/90 e n. 9.784/99, de caráter nacional e subsidiário, as leis estaduais sobre os seus processos administrativos, a lei sobre o regimento interno dos estabelecimentos penais de cada estado e, por último, as normativas internas de cada estabelecimento penal.

Assim, a Lei n. 8.112/90, que é a norma fundamental que disciplina os Processos Administrativos Disciplinares, pode ser utilizada de maneira subsidiária e complementar nos casos de PADs estaduais, especialmente quando houver lacunas nas legislações locais. Isso significa que, na ausência de disposições específicas nos regulamentos estaduais, os princípios e procedimentos estabelecidos pela Lei n. 8.112/90 devem ser observados e aplicados.

A Lei n. 9.748/99, que regula o Processo Administrativo Disciplinar na Administração Pública Federal, é de suma importância para a estruturação e funcionamento desse tipo de procedimento. Um ponto crucial a ser destacado é o artigo 2º, que elenca de maneira explícita os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, como a legalidade, a finalidade, a motivação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, o interesse público e a eficiência.

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) deve respeitar estritamente o rito procedimental estabelecido nas legislações pertinentes, assegurando que todas as etapas do processo sejam seguidas com rigor até sua conclusão. Esse cuidado é essencial para garantir a lisura e a transparência do procedimento, que pode culminar na responsabilização do agente público e na aplicação da penalidade correspondente.

O rito procedimental do PAD deve ser capaz de permitir ao acusado, entre outras garantias, a sua intimação para apresentação de defesa, o acesso amplo ao processo, a produção de provas dentro dos ditames do devido processo legal, inclusive com a garantia da não autoincriminação, além da obrigatoriedade de ser julgado por autoridade competente através de decisão devidamente motivada.

Nesse contexto, uma vez instaurado o Procedimento Administrativo Disciplinar, é fundamental que se respeitem rigorosamente os direitos dos acusados em procedimentos administrativos sancionadores. No Direito Comparado, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adotou uma posição favorável à incorporação de

garantias constitucionais e penais no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, reconhecendo a importância da proteção dos direitos individuais mesmo nesse contexto. Nesse sentido, conforme aduz Gregório Guardia:

Os Estados membros do referido Tribunal, repetidamente, tiveram que se defender de acusações de inobservância de garantias, sob o único fundamento da natureza administrativa das sanções impostas. Em momento emblemático acerca do assunto, a decisão proferida no caso Ozturk, em 21 de fevereiro de 1984, consolidou a interpretação de que certos direitos de defesa relacionados ao Processo Penal não podem ser relativizados pela Administração durante o procedimento sancionador. A decisão da Corte foi alicerce para o reconhecimento da proximidade entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. (GUARDIA, 2014)

No que se refere à matéria processual pertinente ao Processo Administrativo Disciplinar, é relevante destacar a importância do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, assim como da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969. Esses tratados internacionais foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e, com base no que dispõe o art. 5º, § 2º., da Constituição Federal, ampliaram a aplicação de princípios e garantias relacionados ao processo civil e penal ao âmbito do PAD.

A Lei n. 9.784/99 enfatiza que as sanções administrativas devem ser aplicadas somente por meio de um procedimento que respeite uma série de fundamentos essenciais. Dentre eles, destaca-se a necessidade de que a atuação esteja em conformidade com a lei e o Direito, bem como que atenda a objetivos de interesse geral. A norma também exige a objetividade no atendimento ao interesse público e a atuação em conformidade com padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Ademais, ressalta a importância da divulgação oficial dos atos administrativos, exceto nas situações de sigilo previstas na Constituição. Por fim, a lei requer a adequação entre meios e fins, a clara indicação dos pressupostos fáticos e jurídicos que fundamentam as decisões, e a observância das formalidades essenciais que garantam os direitos dos administrados.

No caso de Santa Catarina, temos a aplicação da Lei Complementar n. 529/11, que estabelece o regimento interno dos estabelecimentos penais do estado. Nela, somente 11 artigos tratam exatamente do procedimento disciplinar contra o apenado, do art. 83 ao 94, deixando a maior parte dos detalhes para as normativas internas de cada estabelecimento penal. Porém, temos o Capítulo VII, que trata

sobre a disciplina no estabelecimento penal e traz disposições que se adequam ao estudo do PAD na execução penal como um todo.

O ditame legal estabelece que assim que for cometida a infração, o preso deverá ser conduzido para o superior em comando no momento para que seja feita a lavratura da ocorrência⁵. Após isso, o agente penitenciário deverá comunicar o gestor do estabelecimento penal para que, primeiramente, este tome as medidas cautelares que entender cabíveis ao caso concreto⁶.

Depois de tomar as providências necessárias, o gestor do estabelecimento penal irá encaminhar a lavratura da ocorrência à Comissão Técnica de Classificação e ao Conselho Disciplinar⁷. Com o documento em mãos, o Conselho Disciplinar irá realizar as diligências necessárias para que se elucide os fatos, prezando pelo direito de defesa do apenado⁸. Podendo ser admitido como prova todo e qualquer elemento que a comissão achar válido⁹.

Elucidados os fatos, o Conselho Disciplinar irá remeter o seu parecer ao gestor do estabelecimento penal, que deverá opinar quanto à culpabilidade do apenado e sugerir uma punição¹⁰. E com o parecer em mãos, o gestor deverá aplicar ou não a sanção, não estando vinculado ao parecer. Em caso de falta grave, o PAD deverá ser enviado ao juízo da execução penal, que irá aferir a legalidade dos atos e homologar o procedimento nos autos e aplicar as devidas correções no cadastro de pena do preso.

Além desses dispositivos procedimentais, a Lei Complementar do estado de Santa Catarina também traz dispositivos interessantes ao estudo aqui presente. O

⁵ Art. 83. Cometida a infração, deverá o preso ser conduzido ao agente penitenciário chefe de plantão ou supervisor, para a lavratura da ocorrência.”

⁶ Art. 84. O agente penitenciário chefe de plantão ou supervisor comunicará imediatamente a ocorrência ao gestor do estabelecimento penal, a fim de que este mantenha ou revogue as providências inicialmente tomadas em parecer no Registro de Ocorrência.

Art. 85. O agente penitenciário chefe de plantão ou supervisor deverá, tendo em vista a gravidade da falta, adotar as providências preliminares que o caso requeira e, sendo necessário, determinar o isolamento preventivo do preso.

⁷ Art. 86. Cabe ao gestor do estabelecimento penal encaminhar à Comissão Técnica de Classificação e ao Conselho Disciplinar a comunicação de que trata o art. 85 desta Lei Complementar.

⁸ Art. 87. O Conselho Disciplinar realizará as diligências indispensáveis à precisa elucidação do fato, velando pelo direito de defesa do infrator.

⁹ Art. 91. Será admitido como prova todo elemento de informação que o Conselho Disciplinar entender necessário ao esclarecimento do fato.

¹⁰ Art. 88. Concluído o incidente disciplinar, o Conselho o remeterá, com seu parecer, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ao gestor do estabelecimento penal para julgamento.

Art. 89. No parecer de que trata o artigo anterior, o Conselho opinará quanto à culpabilidade do interno e proporá ao gestor do estabelecimento penal a punição que entender cabível.

primeiro deles é o artigo 62, *caput* e § 3º, que informam que: “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar [...] §3º São vedadas as sanções coletivas“. O artigo 64 determina que “não haverá pena disciplinar em razão de dúvidas ou suspeitas“. E o artigo 67 Impõe que “O preso que de qualquer modo concorra para a prática da falta disciplinar, incide na mesma sanção cominada ao faltoso, na medida da sua culpabilidade“. Estes dispositivos claramente aproximam a aplicação da sanção da falta grave na execução penal à aplicação da pena no direito penal material.

Também é importante mencionar as punições que o gestor do estabelecimento penal, em caso de faltas leves ou médias, poderá aplicar ao apenado, lembrando que estes dois tipos de faltas são discricionárias dele, portanto, podem ser aplicadas. São elas:

Art. 68. Aplicam-se aos presos infratores as seguintes sanções disciplinares:
I - advertência verbal;
II - repreensão escrita;
III - suspensão ou restrição de direitos, conforme estabelecido no art. 41, parágrafo único, da Lei federal nº 7.210, de 1984; e
IV - isolamento na própria cela ou em cela especial.

Em conclusão, as diversas legislações que envolvem o Procedimento Administrativo Disciplinar que cuida da falta grave demonstram que, apesar de o administrador ter uma ampla discricionariedade na sua atuação, ele não pode manejar o processo administrativo como bem entender. As ocasiões de aplicação da punição, qual tipo de punição será aplicada e qual o rito para aplicá-la, não devem fugir ao disposto legalmente.

4. FALTA GRAVE COMPARADA AO DIREITO PENAL

Após compreender o que é a falta grave, como ela se relaciona com o Direito Administrativo Sancionador, e como este se aproxima do Direito Penal, por ser uma forma de controle do *jus puniendi* do Estado, será abordada, a seguir, a legitimidade da aplicação da falta grave nos casos em que somente há a palavra do agente penitenciário como base probatória.

Importante mencionar que os casos em que somente há a palavra do agente penitenciário como base probatória geralmente são casos mais simples que acontecem no dia a dia da casa penal. O servidor público efetua seus serviços rotineiros, observa um comportamento que pode se amoldar a um dos incisos do art. 50 da LEP, repreende o detento e analisa a situação. Se entender que houve o cometimento de uma falta grave, colherá elementos probatórios materiais mínimos, e logo procederá com as burocracias administrativas para já ser julgada a falta grave e aplicada a respectiva sanção. Assim, não haverá muitas discussões sobre o caso, além do detento negando ter feito tal conduta — havendo somente a palavra do preso contra a do policial penal.

Para poder melhor entender esse tipo de caso e efetuar melhor a crítica, será analisado o caso concreto dos autos executórios de n. 0002376-30.2019.8.24.0072.

Nesses autos, consta no Processo Administrativo Disciplinar n. 0512/2024 que, no dia 24/04/2024, no Complexo Penitenciário do Estado, os policiais penais realizaram revistas minuciosas na Galeria "I" e os agentes penitenciários foram para a parte externa da galeria, onde encontraram um carregador artesanal pendurado pela janela da cela 180, que o apenado E. J. P., em meio aos seus companheiros de cela, admitiu ser seu.

Enfim, serão expostos alguns dos princípios e institutos do Direito Penal e do Processo Penal para o contexto do Processo Administrativo Disciplinar e da falta grave. Como já afirmado no capítulo anterior, não cabe no objeto do estudo desta monografia se posicionar em como estes princípios e institutos melhor se aplicariam — ou até se eles poderiam ser totalmente aplicados — no contexto penitenciário. O presente estudo se limita a colocar lado a lado os dois contextos: o da falta grave e o da infração penal.

Primeiramente, será analisado o caso concreto a partir da tipificação da conduta da falta grave, após, será analisado o conjunto probatório do PAD e suas problemáticas.

4.1. A TIPIFICAÇÃO DA FALTA GRAVE

O primeiro fato que deve ser pontuado neste tema é que, apesar de não existir a tipificação da falta grave de possuir um carregador artesanal, o apenado foi punido por meio do artigo 50, inciso VII, da LEP:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
[...]
VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Isso porque a jurisprudência é pacífica em entender que esse inciso, de forma análoga, pode ser aplicado também à conduta de possuir os objetos subsidiários ao aparelho que permitam a comunicação com o exterior:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. **DECISÃO QUE HOMOLOGOU A FALTA GRAVE PRATICADA PELO REEDUCANDO CONSISTENTE NA POSSE DE 3 (TRÊS) CHIPS DE TELEFONE CELULAR NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PENAL**, OCASIÃO EM QUE DECLAROU A PERDA DE 1/5 (UM QUINTO) DOS DIAS REMIDOS E FIXOU NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. RECURSO DE DEFESA. ALEGADA A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA DA FALTA GRAVE. DESCABIMENTO. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CARACTERIZAR FALTA GRAVE (ARTS. 50, VII, DA LEP). APREENSÃO DE CARTÕES MEMÓRIA (CHIP) DE CELULAR NA CELA DO REEDUCANDO, NOS QUAIS CONTINHAM AO MENOS 6 (SEIS) FOTOGRAFIAS SUAS NO INTERIOR DO CÁRCERE, INDICANDO O USO DOS COMPONENTES ELETRÔNICOS APREENDIDOS. COMPETÊNCIA DO DIRETOR DA UNIDADE PRISIONAL PARA INSTRUIR O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E RECONHECER A SUA PRÁTICA. ANÁLISE JUDICIAL RESTRITA À LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ADEMAIS, AFASTADA A TESE DE ATIPICIDADE DA FALTA GRAVE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ACESSÓRIO INDISPENSÁVEL AO FUNCIONAMENTO DO APARELHO CELULAR. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. "A competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV)" (Superior Tribunal de Justiça,

Recurso Especial n. 1.378.557-RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, j. em 23.10.2013).

"Há pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido de que, "após o advento da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho celular bem como de seus componentes essenciais, tais como chip, carregador ou bateria, constitui falta disciplinar de natureza grave [...]" (STJ - AgRg no REsp 1708448/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 07.06.2018). E ainda "A conduta consistente na apreensão de bateria de celular, micro cartões de memória e de adaptadores USB, após a regular instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, no qual a defesa foi plenamente exercida, configura a falta disciplinar de natureza grave prevista no art. 50, VII, da Lei de Execuções Penais" (STJ - AgInt no HC 532.846/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 03.12.2019). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (Agravo de Execução Penal n. 0005944-78.2019.8.24.0064, de São José, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. em 19/05/2020 – grifou-se).

Percebe-se que a jurisprudência se utilizou claramente de uma analogia para poder punir o apenado que fosse encontrado somente com os objetos marginais ao aparelho comunicador. Dessa forma, deve-se estudar a utilização da interpretação e da analogia no direito penal.

4.1.1. A interpretação e a analogia *in malam partem*

Para iniciar a abordagem do tema, é relevante destacar que, historicamente, a utilização da interpretação no Direito Penal foi amplamente rejeitada. Nesse contexto, já no século XVIII, Beccaria (2001) sustentava que o Poder Judiciário, ao julgar uma conduta criminosa, não deveria recorrer ao instituto da interpretação, uma vez que não lhe caberia tal prerrogativa. O Judiciário deveria limitar-se a verificar se determinado ato violava ou não a lei, excluindo, assim, qualquer possibilidade de interpretação judicial.

No entanto, é importante observar que, na época mencionada, a intervenção estatal ocorria dentro de um contexto de Estado absolutista, no qual a vontade do soberano se confundia, de maneira quase indissociável, com a vontade do monarca, frequentemente em detrimento do interesse público.

Assim, as arbitrariedades enfrentadas pela sociedade em razão dos poderes instituídos, incluindo o Poder Judiciário, levaram, de forma natural, à necessidade de restringir qualquer prerrogativa que permitisse o abuso de poder. Contudo, com o tempo, surgiram novas concepções sobre o instituto da interpretação.

Definir de maneira definitiva o conceito de interpretação é adentrar um campo ainda envolto por incertezas, dado o caráter complexo dessa atividade. Contudo, para os fins desta pesquisa, será adotada a definição proposta por Barroso (2015), segundo a qual a interpretação jurídica é a atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos, especialmente para resolver problemas práticos. Já a hermenêutica é entendida como um campo teórico e especulativo, focado na identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios que orientam a interpretação do Direito, sendo a interpretação uma atividade prática sistematizada por essa teoria.

Nesse contexto, Cantarelli (2009) ensina que, ao aplicar os métodos clássicos de interpretação desenvolvidos por Savigny, é possível dividir os métodos de interpretação em quatro categorias distintas: gramatical, sistemática, teleológica e histórica. Dentre essas, é importante destacar que o método gramatical atua tanto como ponto de partida quanto como limite, não devendo ser ultrapassado. Isso ocorre porque ele deve preceder qualquer outro método e estabelece um quadro dentro do qual o intérprete se vê restrito.

Outra diferenciação refere-se à origem da interpretação, que pode ser legislativa, doutrinária ou judicial. Esta última, proveniente do Poder Judiciário, desempenhará papel central no desenvolvimento deste texto, pois, como afirma Rosa (1995), em determinadas circunstâncias, a interpretação judicial pode remodelar de tal forma o que está disposto na lei que se perde sua originalidade, revelando uma completa novidade.

Além disso, uma outra distinção relevante para o presente estudo refere-se ao resultado produzido pela interpretação, que pode ser classificada como declarativa, restritiva, extensiva ou analógica (CANTARELLI, 2009).

A interpretação declarativa, conforme definida por Hungria e Fragoso (1976), é aquela em que a divergência encontrada em um enunciado legal pode ser resolvida sem a necessidade de suprimir ou acrescentar elementos, situando-se, portanto, entre as demais espécies de interpretação.

A segunda ocorre quando a lei expressa mais do que realmente pretendia (*plus dixit quam voluit*), resultando em uma restrição efetiva da amplitude originalmente prevista na norma (ROXIN, 2002).

Em relação a essa forma de interpretar, e considerando a jurisprudência alemã, que historicamente favorecia interpretações extensivas no campo do Direito Penal, Roxin (2002) destaca que, sob a perspectiva do princípio *nullum crimen sine lege*, a abordagem mais adequada é justamente o oposto. Ele defende que a interpretação restritiva é a que melhor atualiza o papel do Direito Penal como uma verdadeira "Magna Carta", respeitando sua natureza fragmentária. Assim, essa interpretação deve limitar o âmbito de punibilidade apenas ao estritamente necessário para a proteção do bem jurídico.

A interpretação analógica, por sua vez, constitui apenas uma das modalidades disponíveis no âmbito da hermenêutica jurídica, não sendo, necessariamente, um instrumento de ampliação do alcance da norma. Essa distinção é fundamental, pois a interpretação analógica nem sempre resulta em uma maior abrangência do texto legal. Nesse contexto, Peluso (2016) argumenta que, embora a interpretação analógica possa, em determinados casos, expandir o sentido da norma, também é perfeitamente possível que ela exclua situações que, à primeira vista, poderiam ser abrangidas pela literalidade do texto legal.

A interpretação analógica é caracterizada como aquela em que a própria lei autoriza e direciona sua aplicação, apresentando uma sequência de hipóteses enumeradas seguida de uma fórmula genérica. No Código Penal Brasileiro, há exemplos claros dessa técnica interpretativa, como no Artigo 121, § 2º, I, que qualifica o homicídio quando praticado "mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe". Nesse caso, a fórmula genérica "outro motivo torpe" permite incluir situações análogas às explicitamente mencionadas, respeitando os limites da norma.

Por fim, a interpretação extensiva, sendo a mais próxima da analogia, torna-se especialmente relevante para o presente estudo. Conforme destaca Ferraz Junior (2003), essa modalidade consiste em um método interpretativo que amplia o sentido da norma além do que está expresso em seu texto literal. Nesse mesmo sentido, em harmonia com a noção de limite próprio da interpretação gramatical, Peluso (2016) esclarece que o intérprete recorre ao significado usual das palavras presentes na norma jurídica, operando dentro das possibilidades semânticas oferecidas pela linguagem. Essa abordagem permite abarcar todos os casos de fato

que possam ser contemplados pelo texto legal, mesmo que não estejam explicitamente descritos.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011) defendem a necessidade de observar o princípio da interpretação restritiva no Direito Penal, fundamentado na excepcionalidade da criminalização primária. Esses autores destacam que, embora um mesmo texto legal possa admitir diferentes interpretações, sejam elas expansivas ou restritivas, é imprescindível que eventuais dúvidas sejam resolvidas de maneira a limitar ao máximo o alcance da criminalização. Essa postura preserva o caráter fragmentário do Direito Penal e garante que sua aplicação seja restrita ao estritamente necessário para a proteção dos bens jurídicos essenciais.

Como exceção, esses doutrinadores admitem a aplicação de uma interpretação mais ampla apenas quando a interpretação restritiva levar a consequências absurdas ou deformadoras, as quais podem ser evitadas por meio de uma leitura mais abrangente do texto legal. Ainda assim, enfatizam que a interpretação restritiva deve ser prioritariamente defendida, pois representa um instrumento essencial no enfrentamento do que chamam de "tipificação irresponsável".

Batista (2019) afirma que a analogia ocorre no direito quando o jurista aplica, a um caso sem solução legal expressa, a regra destinada a um caso semelhante, configurando, assim, uma integração normativa em vez de uma interpretação. Segundo Damásio Jesus (2011), esse fenômeno se fundamenta na identidade da *ratio legis*, com base no princípio de que, onde há a mesma razão para decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo legal, reforçando a segurança jurídica. Além disso, o uso da analogia para preencher lacunas também se justifica pelo princípio da igualdade, ao assegurar que casos semelhantes recebam tratamento equivalente.

Dessa forma, o intérprete cria novos direitos, indo além do que está expressamente previsto na lei, assumindo o papel de legislador para superar eventuais lacunas no ordenamento jurídico.

Engisch (1996) define lacunas a serem preenchidas por analogia como uma falta insatisfatória no conjunto jurídico. Nesse contexto, Maria Helena Diniz (2010) argumenta que o Direito sempre apresentará lacunas. Assim como na interpretação extensiva (aplicável em outras áreas do Direito, mas geralmente não no Direito

Penal, devido ao princípio da interpretação restritiva), é irrazoável esperar que o legislador preveja todas as situações similares, e mais ainda que regule todas as relações jurídicas.

Apesar da inaplicabilidade da interpretação extensiva no Direito Penal, é importante esclarecer a diferença entre essa e o método integrativo da analogia. Segundo Ferraz Junior (2003), a interpretação extensiva inclui no conteúdo da norma um sentido que já estava presente, mas não explicitado pelo legislador. Em contraste, a analogia ocorre quando o intérprete toma uma norma e a aplica a um caso para o qual não havia preceito específico, presumindo uma semelhança entre os casos.

A principal distinção no estudo do uso da analogia no direito penal reside em seu resultado. Se for favorável ao réu, é chamada de analogia *in bonam partem*. Se for prejudicial ao réu, é conhecida como analogia *in malam partem*.

A analogia favorável ao réu, conforme Batista (2019), é amplamente aceita na doutrina brasileira, exceto pela opinião de Hungria. Por outro lado, a analogia *in malam partem* é limitada quando envolve a aplicação de normas que definem crimes ou que aumentam penas. Essa limitação é fundamentada principalmente no princípio da legalidade, que será analisado a seguir.

É interessante observar, conforme Batista (2019), que a Alemanha nazista utilizava amplamente a analogia como fonte de criação do Direito Penal. Atualmente, a China é um exemplo de país que ainda aceita a analogia em normas penais incriminadoras. Batista também aponta que o conceito material de crime prevalece nesse sistema jurídico, sendo as condutas criminosas descritas em termos vagos, como "ofensa à ordem pública" ou "ato socialmente nocivo". Isso permite a ocorrência de arbitrariedades pelo Estado, algo criticado desde Beccaria no século XVIII.

Ou seja, apesar do instituto da analogia *in malam partem*, de forma restrita, poder ser utilizado em ordenamentos jurídicos de Estados democráticos de direito, é reconhecida a sua prevalência em Estados autoritários que visam à punição e ao controle social do indivíduo.

4.1.2. Princípio da legalidade

Conforme Prado (2011), o princípio da legalidade é fundamental para o Estado de Direito, limitando o poder punitivo do Estado, protegendo a liberdade dos cidadãos e promovendo a segurança jurídica. Sua importância é destacada pela presença em dois dos documentos internacionais mais significativos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está consagrado tanto no artigo 5º, Inciso XXXIX, da Constituição Federal¹¹, quanto no artigo 1º do Código Penal¹². Conforme Juarez Tavares (2018), trata-se de um postulado normativo que não pode ser flexibilizado. Esse princípio é um pilar fundamental na proteção de um dos direitos mais essenciais do Estado Democrático de Direito: a liberdade do ser humano, justificando assim o *status* a ele conferido.

Batista (2019) nos ensina que é possível destringir o princípio em quatro diferentes funções, representadas pelos brocardos em latim: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

A primeira função, que visa proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), aplica-se a qualquer alteração que agrave a situação do réu, permitindo sua retroatividade apenas se for benéfica ao réu. Além disso, conforme Hungria e Fragoso (1976), é incoerente esperar que os cidadãos se ajustem a uma norma de conduta, que constitui uma norma penal, se ela sequer existe, frustrando assim seu caráter preventivo.

Existe uma questão controversa nessa função do princípio da legalidade que é interessante ser abordada, que diz respeito à retroatividade nos casos de modificações jurisprudenciais. É certo que essa desempenha um papel com efeitos semelhantes ao da própria lei, fato que gera a proteção da confiança daqueles que por ela se pautaram. Nesse sentido, Juarez Tavares (2018) entende que a retroatividade deve se estender às mudanças jurisprudenciais quando essas resultarem em uma verdadeira integração legal, modificando até mesmo o sentido da proibição ou da determinação expostos na lei, sob pena de ocorrer uma quebra de confiança na ordem jurídica. Ou seja, mesmo nessa controvérsia, a doutrina se posiciona de maneira favorável ao réu.

¹¹ Artigo 5º, Inciso XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"

¹² Artigo 1º: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

A segunda função, que afirma a necessidade de que a criação de crimes e a imposição de penas sejam realizadas por meio de lei escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), afasta qualquer possibilidade de que os costumes cumpram essa função. No entanto, isso não exclui os costumes da prática penal, pois eles mantêm sua função integrativa e possuem grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipos penais.

As condutas tipificadas no Direito Penal devem ter como fonte exclusiva a lei emanada do Congresso Nacional, conforme disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal¹³. Dessa forma, por expressa previsão constitucional, a lei federal, precedida do devido processo legislativo, é a única fonte capaz de materializar o poder punitivo estatal, sem qualquer exceção.

A constitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas é um tema que gera divergências entre os doutrinadores. Isso ocorre porque essas normas teriam penas determinadas, mas dependeriam de atos normativos hierarquicamente inferiores para serem complementadas. Embora parte da doutrina entenda que não há violação ao princípio da legalidade, a tese contrária merece destaque. Admitir o uso desse tipo de norma poderia esvaziar a vontade popular, pois não seria representada pelo Parlamento, e resultaria na delegação de uma função atribuída exclusivamente ao Congresso Nacional pela Constituição Federal.

Segundo Tavares (2018), a impossibilidade de devida apreciação da matéria pelo órgão competente permite que regimes totalitários se aproveitem das normas penais em branco de complementação heteróloga para manipular normas criminalizadoras conforme seus interesses. Isso ocorre enquanto mantêm uma aparente conformidade com o princípio da legalidade, burlando-o e comprometendo seu aspecto mais importante: a preservação da liberdade.

A terceira das funções (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), conforme Batista (2019), visa proibir a utilização da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, ocorrendo essa, conforme visto acima, quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa solução legal a regra prevista para um caso semelhante, sendo possível, como já estudado anteriormente, somente a utilização da analogia *in bonam partem*.

¹³ Art. 22, Inciso I: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Segundo Bobbio (1995), a analogia é o procedimento pelo qual se explica a tendência de cada ordenamento jurídico a se expandir além dos casos expressamente regulamentados. Essa observação é crucial para a presente pesquisa, pois o uso inadequado desse procedimento permite que o Poder Judiciário expanda o Direito Penal de maneira inconstitucional, extrapolando o sentido gramatical da lei.

A última função, que afirma a necessidade de que as leis penais sejam claras e precisas, afastando incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), é essencial para barrar arbitrariedades perpetradas pelo Poder Judiciário. Quanto menos precisos forem os elementos constantes na norma, menos efetiva será a preservação da segurança jurídica, abrindo portas para que governos totalitários manipulem essa imprecisão.

No sistema jurídico brasileiro, o Congresso Nacional, como legitimado para a criação do Direito Penal, tem o dever de se afastar de definições genéricas e expressões incertas.

Um dos desdobramentos mais importantes dessa última função do princípio da legalidade é impedir a demasiada liberdade do juiz ao aplicar a pena, baseando-se nos amplos parâmetros fixados pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, Batista (2019) reforça que não é permitido atribuir penas máximas e mínimas tão discrepantes, sob pena de favorecer o arbítrio judicial.

Em conclusão, a analogia que prejudica o réu é altamente repudiada no nosso ordenamento jurídico do direito penal material.

No entanto, é importante notar que essa interpretação que ultrapassa o previsto em lei e prejudica o condenado vem sendo realizada com frequência no âmbito da execução penal. Isso evidencia que o Princípio da Legalidade não tem cumprido as funções sistemática, hermenêutica e de garantia que lhe são atribuídas pelo pensamento dogmático, devido à sua condição retórica de sentido.

Quando a analogia é incorporada ao contexto penal, permite-se que, em detrimento da legalidade, no momento da aplicação da lei, o julgador — que no nosso contexto seria o diretor da casa penitenciária—se coloque na posição de mediador dos anseios sociais e passe a manejá-la segundo seu senso de justiça. Isso acaba por culminar na violação de direitos dos sentenciados.

Conforme esclarecido por Eduardo Couture (1994), a interpretação é um ato de vontade e uma decisão política que implica, ainda que inconscientemente, que o intérprete tome partido por uma concepção do Direito e, portanto, do mundo e da vida. Dado que o raciocínio e a intuição pertencem a um indivíduo e, por isso, estão impregnados de subjetivismo, todo intérprete é, mesmo sem querer, um filósofo e um político da lei. Assim, considerando a complexidade natural do ato interpretativo, embora o intérprete pretenda ser absolutamente neutro, não pode sê-lo, pois sua operação é um ato vital que está, inevitavelmente, carregado de volições inconscientes.

Portanto, a interpretação não é livre; é guiada pelas valorações subjetivas do intérprete, que atribui o sentido normativo de acordo com o reconhecimento ideológico que faz da leitura do dispositivo legal e dos dados do caso concreto.

Leal (2008) nos alerta sobre o perigo de equacionar a interpretação do princípio da legalidade de forma que ele seja deslocado por uma plasticidade jurisdicional. Isso ocorre quando o órgão jurisdicional se posiciona como tutor do bem-estar social, corrigindo a lei em busca de fins nobres. Dessa maneira, o destino das pessoas privadas de liberdade é submetido a uma racionalidade que justifica as decisões não mais a partir da lei, mas de um suposto desejo unívoco de justiça e paz social emanado do corpo social, que suplanta a própria legalidade.

4.2. O CONJUNTO PROBATÓRIO

No caso concreto do PAD n. 0512/2024, observa-se que o conjunto probatório foi formado por três elementos: o próprio carregador artesanal, a confissão do apenado e o depoimento dos agentes penais.

A materialidade da falta grave é inconteste, por causa da presença do carregador na cela dos apenados, porém, sua autoria é mais questionável.

Retira-se da peça final de julgamento do referido PAD dois trechos em que o apenado pôde dar sua versão diante do conselho disciplinar:

Na oitiva do incidentado pelo Conselho Disciplinar, respondeu:
“Que deseja permanecer em silêncio.”
Dada a palavra ao Defensor Público, nada mais disse, nem lhe foi perguntado.

[...] Ouvido administrativamente pelo conselho disciplinar o Policial Penal A. P. L. informou:

“Que se recorda dos fatos que geraram o presente incidente disciplinar, que neste dia durante revista geral e minuciosa na galeria I, juntamente com demais Policiais, estavam fazendo ronda pela parte externa da galeria, e que em dado momento, foi encontrado preso na janela da cela 180 um carregador de celular, que após a apreensão do mesmo, ao questionar os internos desta cela sobre a propriedade desse objeto, o interno E. J. P. assumiu ser o proprietário.”

Dada a palavra ao Defensor Público, não tivera nada a questionar no presente momento. Nada mais disse, nem lhe foi perguntado.

Ou seja, a confissão do apenado não foi feita sob o crivo do contraditório durante o Processo Administrativo Disciplinar, o que houve foi somente a palavra do policial penal relatando que um dos internos da cela admitiu a posse do carregador artesanal.

Diante disso, deve-se problematizar ambos os institutos, a confissão e o depoimento policial, para poder ser efetuada, novamente, a crítica sobre a legitimidade da falta grave.

4.2.1. A confissão

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016), confessar, no âmbito do processo penal, é admitir a prática de um fato criminoso contra si. Essa admissão deve ser feita pelo suspeito ou acusado de um crime, com pleno discernimento, voluntariamente, de forma expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, e registrada em termo. Considera-se confissão apenas o ato voluntário, produzido livremente pelo agente, sem qualquer coação; expresso, manifestado claramente nos autos; e pessoal, não podendo ser feita por preposto ou mandatário, pois isso atentaria contra o princípio da presunção de inocência.

O descumprimento de qualquer um dos pré-requisitos descritos acima, de acordo com a legislação processual penal brasileira, deve resultar na não aceitação e avaliação de atos em conflito com direitos e princípios fundamentais. Portanto, confissões obtidas por meio de tortura, seja física ou psíquica, coação, engano, golpes, entre outros métodos, devem ser rejeitadas.

Nesse sentido, para que a confissão seja considerada válida e tenha valor probatório, devem ser consideradas as circunstâncias em que foi obtida, os métodos aplicados para extraí-la e o local onde ocorreu.

É o artigo 197 do Código de Processo Penal que tem o principal objetivo evitar essas falsas confissões:

Art. 197 - O valor da confissão será apurado pelos critérios adotados para as demais provas, e para sua apreciação, o juiz deve compará-la com as demais provas do julgamento verificando se entre elas e estas existem compatibilidade ou acordo.

Conforme Nucci (2016), a confissão pode ser dividida em dois tipos, segundo a natureza jurídica. Quanto aos efeitos gerados, a confissão pode ser simples, quando há reconhecimento puro e simples do ato pelo confessor, ou matizada, quando há reconhecimento de circunstâncias que excluem a responsabilidade do acusado ou permitem a comutação de sua pena. Quanto ao lugar ou à autoridade perante a qual é realizada, a confissão pode ser judicial, quando feita perante juiz de instrução, ou extrajudicial, quando feita no âmbito de um inquérito policial ou fora de um processo judicial, parlamentar ou administrativo.

Para Guilherme de Souza Nucci (2010), a confissão deve ser um ato solene, público e abreviado, pois o interrogatório, sob o crivo do contraditório, é o momento ideal para questionar o acusado, observando as formalidades legais. Quando a confissão é realizada diante do público, ela é reduzida ao final e transcrita por um servidor, conforme as orientações do juiz, que resume as declarações, já que é impossível registrar todas as palavras ditas verbalmente.

Sobre os objetivos da confissão, Foucault (1999) nos ensina que o uso da confissão sempre teve o intuito de buscar a verdade dos fatos. Dentro do crime reconstituído por escrito, o criminoso que confessa desempenha o papel de "verdade viva". A confissão, sendo um ato do sujeito criminoso, responsável e que fala, complementa uma informação escrita e secreta. Por isso, a confissão tem grande importância em processos de tipo inquisitorial, mas também carrega ambiguidades em seu papel.

O filósofo também explica que a confissão, por si só, não pode levar à condenação, devendo ser acompanhada de indícios anexos e de presunções. Isso se deve ao fato de que já houve casos de acusados que se declararam culpados por

crimes que não cometeram. O juiz deve, então, fazer pesquisas complementares se tiver apenas a confissão do culpado.

Por outro lado, ainda explica Foucault (1999), a confissão tem um peso maior que qualquer outra prova, apesar de o sistema acusatório brasileiro não utilizar um sistema de valor tarifado de provas, na prática ela é mais valorizada do que outras provas, chegando a transcendê-las até certo ponto. Elemento importante no cálculo da verdade, a confissão é também o ato pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que ela é bem fundamentada, transformando uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária.

Nesse sentido, a confissão continua a ser de grande relevância, especialmente a obtida na fase extrajudicial. Ela ajuda a definir quais provas materiais devem ser produzidas, quem deve ser entrevistado e quais informações devem ser examinadas, acelerando o processo em busca da verdade. Além disso, facilita o trabalho das autoridades na área de investigação criminal.

No processo penal, até o recebimento da confissão, existem várias dificuldades em apurar a verdade. A confissão é um dos meios de prova, mas devemos considerar a insuficiência da correspondência, a teoria e as limitações da produção de provas. Entre essas limitações, estão os direitos humanos, o direito ao silêncio, a proibição de apresentar provas contra si mesmo, conforme a máxima *nemo tenetur se detegere*, e a proibição do uso de provas ilícitas.

No entanto, percebe-se que ainda existe uma mentalidade inquisitiva nas práticas da justiça criminal brasileira. Essa mentalidade leva ao desrespeito aos preceitos legais e aos direitos fundamentais dos acusados, devido à falta de controle sobre a produção de provas, especialmente no que diz respeito às confissões.

Assim, atualmente, é arriscado utilizar a confissão como base para uma decisão, considerando a maneira como ela é obtida. Mesmo quando analisada juntamente com as demais provas do caso, a forma de coleta da confissão pode comprometer sua validade e confiabilidade.

No caso concreto do PAD n. 0512/2024, conforme estudado neste tópico, a confissão do apenado infringiu diversas formalidades que deveriam existir se fosse um crime e não uma falta grave, expondo essa mentalidade inquisitiva. Porém, isso ocorreu por meio do depoimento dos policiais penais, instituto o qual passará a ser estudado a seguir.

4.2.2. O depoimento policial

A regra geral estabelecida no artigo 202¹⁴ do Código de Processo Penal é de que toda pessoa pode ser testemunha, assim considerada a pessoa física que narra em juízo qualquer circunstância a respeito de determinada prática delituosa de que tenha conhecimento.

O valor da prova testemunhal sempre foi objeto de extenso debate. Apesar disso, é de amplo conhecimento que parte considerável das decisões judiciais se constroem a partir desse meio de prova. E muito mais, diversas vezes se constrói a própria ação penal partindo somente do ponto inicial dos testemunhos de policiais.

A professora Janaína Matida (2020) observa que, em diversos sistemas oriundos de diferentes culturas jurídicas, uma testemunha é uma pessoa estranha ao processo, chamada a juízo para depor sobre o que sabe a respeito do fato litigioso. Portanto, policiais que atuaram diretamente no contato entre a sociedade e o sistema jurídico penal, como aqueles que efetuaram a apreensão de drogas, não deveriam ser ouvidos como testemunhas. Isso ocorre porque eles não são estranhos ao processo e têm interesse direto em justificar suas ações, buscando demonstrar a correção de seus atos.

De fato, a jurisprudência majoritariamente admite que o depoimento desses agentes seja considerado como prova testemunhal. Entende-se que a participação dos policiais no fato apurado não os torna automaticamente indignos de fé.

O problema maior está em atribuir a tais depoimentos uma presunção especial de validade, conferindo-lhes um valor superior às demais provas e testemunhas. Os magistrados afirmam que os depoimentos prestados pelos agentes estatais possuem "fé pública" e "presunção de veracidade", resultando em um especial valor probante desses depoimentos em comparação às demais provas. Quem ensina isso é Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa (2020):

O juiz brasileiro entende que a palavra do policial deve prevalecer "à luz da dignidade e da importância da função que exercem", por serem "possuidores de boa-fé", porque são "pessoas sérias e idôneas", porque têm "especial credibilidade". O policial sempre fala a verdade, enquanto o réu sempre mente. Incoerências no relato do policial são tidas como "pequenas

¹⁴ Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

discrepâncias”; presentes nos depoimentos do acusado são sinais indubitáveis de “notáveis divergências”. A presunção de veracidade de tudo o quanto é afirmado pelo policial destoia, de modo manifesto, a mínimas exigências de racionalidade na valoração das provas. Com isso, não estamos aqui afirmando que o policial sempre mente (o que seria equivalente a tentar justificar uma presunção de mentira), mas estamos sim, colocando em destaque a distinção que nunca deve se perder de vista entre a alegação de um fato e o fato mesmo.

Assim, se a palavra dos policiais é considerada mais confiável por serem agentes estatais, a condenação é praticamente certa. A premissa maior será que, entre a palavra do acusado e a dos policiais, a dos policiais tem maior peso.

Porém, o testemunho dos policiais não deve ser completamente invalidado, mas tratado como um depoimento comum. Segundo Capez (2016), os policiais não são impedidos de depor por sua condição funcional, e, portanto, não podem ser considerados suspeitos ou inidôneos. No entanto, o autor destaca que seus depoimentos devem ser corroborados por testemunhas fora do quadro policial, uma vez que, embora não sejam suspeitos, têm interesse em validar o trabalho realizado.

De outro lado, no entendimento de Marcão (2016), os policiais têm credibilidade e, para destituir o valor probante de seus depoimentos, seria necessária a demonstração de um motivo concreto e sério; a simples alegação desacompanhada de evidências não seria suficiente.

Por outro lado, Nucci (2016) afirma que é viável o uso de depoimento policial, inclusive quando o policial está sob o compromisso de dizer a verdade. No entanto, o magistrado deve ponderar esses depoimentos com cautela, considerando que o policial pode estar envolvido emocionalmente na investigação ou prisão do acusado.

Nucci (2016) também ressalta que o agente estatal, devido ao seu lado emocional, pode declarar o acontecido de maneira que naturalmente altere a verdade. Não se pode ignorar que as declarações de um policial em juízo sempre buscarão legitimar sua conduta. O policial, por estar presente no ato, possui interesse na validação de sua palavra, especialmente porque muitas prisões no Brasil ocorrem sem inquérito prévio, sendo mais comum a prisão em flagrante.

Como defende Aury Lopes Jr. (2020), o juízo deve receber as palavras dos agentes estatais (policiais) com redobrada atenção e cuidado na valoração do depoimento policial. Não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais;

eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento.

O juiz deverá ter muita cautela na valoração desses depoimentos, já que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados.

Assim, continua defendendo Aury Lopes Jr. (2020), não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, mas o juiz deve ter muita cautela ao valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas ao momento de (des)valorar esse depoimento.

Em conclusão, se não há impedimento para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem em audiência.

Não se deve atribuir um valor probatório maior ao depoimento dos policiais em comparação ao de qualquer outra pessoa (incluindo o réu), sob pena de tarifar uma prova como de maior valor que outras e ofender o princípio da presunção de inocência. André Nicolitt (2020) afirma que, no sistema de livre convencimento, o valor do testemunho deve ser avaliado pelo seu conteúdo e não por qualquer rótulo de qualidade que nele se coloque.

Ainda segundo o doutrinador, a tradição jurisprudencial brasileira vem dando especial valor ao depoimento policial, dotando-o de uma presunção de veracidade incompatível com a presunção de inocência. Essa prática substitui a lógica do processo penal democrático, que deveria ser fundada no conhecimento, por uma lógica autoritária baseada na autoridade (NICOLITT, 2020).

Além disso, os depoimentos policiais merecem credibilidade quando prestados com isenção, imparcialidade e efetivo conhecimento dos fatos, e, principalmente, se estiverem em consonância com os demais elementos contidos nos autos. No entanto, isoladamente, não devem ser considerados suficientes para uma condenação.

Não basta que os policiais compareçam em juízo e repitam o que foi dito durante a fase administrativa da persecução penal, num procedimento inquisitorial,

sem a participação efetiva das partes interessadas e, geralmente, sem contraditório e ampla defesa. Devem existir outros elementos probatórios que ratifiquem essas declarações.

A mesma lógica se aplica à análise probatória e à consideração dos depoimentos policiais dentro de um Processo Administrativo Disciplinar. As declarações dos policiais devem ser corroboradas por outros elementos probatórios, caso contrário, são insuficientes para a aplicação da falta grave.

O magistrado Rubens Casara (2018) adverte que presumir a veracidade dos depoimentos de policiais é uma idealização incompatível com as opções constitucionais para o processo penal brasileiro. Isso gera um desequilíbrio na relação processual, pois o Estado-Administração, titular do poder de punir, passa a contar com elementos probatórios "confiáveis" construídos por seus agentes, invertendo o ônus probatório em oposição à normatividade constitucional e contrariando o princípio da presunção de inocência.

Ainda, ensina o togado que, com a presunção de veracidade dos depoimentos policiais, a jurisdição penal, que deveria ser um exercício de conhecimento, torna-se cada vez mais um exercício de autoridade. A persecução penal em juízo torna-se cada vez mais uma atividade administrativa/política (auto-executória) e cada vez menos jurisdicional (atividade de garantia dos direitos fundamentais). Isso cria uma espécie de "verdade do Estado", uma verdade dos seus agentes sempre confiáveis, característica de regimes totalitários (CASARA, 2018).

Concluindo, a especial credibilidade dada aos depoimentos policiais pela jurisprudência transfere ao réu a carga probatória, impondo a este a demonstração de que a palavra dos policiais não é exata. Essa inversão no contexto da execução penal traz uma carga excessivamente pesada ao apenado, que possui poucas formas de provar a sua inocência além do próprio depoimento. Assim, nessa construção, a palavra do policial penal tende a se transformar sempre em uma condenação ao preso.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou os aspectos das faltas graves em que somente há o testemunho do policial penal. A análise sobre o que é a execução penal e quais as suas finalidades demonstrou que o sistema penitenciário brasileiro tem a difícil tarefa de, não somente punir, mas também, de ressocializar o indivíduo, fazendo com que ele tenha direitos e deveres extensos, os quais devem ser exercidos por meio da disciplina.

Porém, quando seus deveres ou a disciplina são infringidos, há a aplicação da sanção, pelo magistrado, da falta grave, que é apurada por meio do Procedimento Administrativo Disciplinar. O estudo demonstrou os casos em que ela é aplicada e como ela é aplicada. Mas, também demonstrou que, até mesmo nesse momento, o apenado ainda é um sujeito de direitos.

O estudo sobre o instituto do Processo Administrativo Disciplinar foi feito sobre um contexto mais amplo, em que se analisou a sua natureza dentro do próprio Direito Administrativo, como sendo de Direito Administrativo Sancionador. Verificou-se que grande parte da doutrina considera este ramo do Direito Administrativo como uma parte muito próxima ao Direito Penal, isso porque é um outro ramo que busca regular o *jus puniendi* do Estado, sendo a única diferença entre eles o fato de que um apura infrações penais e o outro infrações administrativas.

Por meio da análise jurisprudencial, esta pesquisa se debruçou sobre o caso do ARE 843.989, no qual foi assentada a ideia de que, no ordenamento jurídico brasileiro, é aceita a sobreposição dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador.

Para poder melhor aplicar esse entendimento no nosso contexto, foi demonstrado como o PAD é um expoente desse ramo do Direito Administrativo que visa controlar o *jus puniendi* estatal.

A exposição dos regramentos a que o PAD obedece demonstrou que, apesar de ser um campo mais aberto à discricionariedade do administrador público, ele ainda deve obedecer a um conjunto normativo que protege os administrados.

Ao fim, após entendermos que o PAD pode abarcar os princípios do direito penal, foi analisado um caso concreto de falta grave que foi tratada como se crime

fosse, colocando sobre ele os institutos mais importantes do direito penal e processual penal, para que pudesse ser feita uma crítica ao modelo atual de aplicação da falta grave nos casos em que somente há o testemunho do policial penal.

Nessa análise, observou-se que o princípio da legalidade não foi respeitado no caso concreto apresentado, tendo em vista que a jurisprudência se utilizou de uma analogia contra o apenado para poder punir uma conduta indisciplinada na casa penal por meio da falta grave.

Ademais, ao ser analisado o conjunto probatório, foi descoberto que a autoria da falta grave era altamente questionável. Isso porque o conjunto probatório que definia a autoria para um apenado em específico consistia apenas no depoimento do policial penal do ocorrido e no testemunho deste mesmo agente sobre a confissão do preso.

A análise deixou claro que esse tipo de falta grave nunca poderia ser aplicada se fossem minimamente obedecidos os princípios basilares do direito penal.

Porém, isso somente ocorre porque há uma brecha na técnica jurídica empregada para julgar esses casos de falta grave, onde se pode punir uma conduta, somente porque se acha que ela deveria ser punida, sem respeitar os ditames legais mínimos. E para fundamentar essa decisão, utiliza-se de um conjunto probatório altamente falível que, da forma que é valorado atualmente, resultará sempre em uma punição ao apenado.

E é por meio disso que operadores do direito e agentes estatais efetuam a sua forma de justiça social, uma forma que desrespeita, não somente os ditames legais, mas as próprias finalidades da execução penal, pois visam somente a punir o preso, sem pensar nas consequências dessas atitudes em sua ressocialização e sem pensar no detento como sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS

BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANTARELLI, Priscila. **Uma análise dos métodos clássicos de interpretação constitucional em relação à nova hermenêutica: os princípios constitucionais como diretrizes**. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v.29, n.1, 2009, p.99-115.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CASARA, Rubens. **Processo Penal do espetáculo: e outros ensaios**. Florianópolis: Tirant, 2018

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de execução penal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEZAN, Sandro; CARMONA, Paulo. **A Ilusória amorfia do Processo Administrativo Sancionador: o Princípio da Instrumentalidade das Formas vs as Finalidades do Processo, sob o amparo da Ética, da Moral e da Complexidade**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2017

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996

FERRAZ JUNIOR, Tercio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003
FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005. 173p. (Monografias, 35)4.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Niterói: Impetus, 2017

GUARDIA, Gregório. **Princípios processuais no direito administrativo sancionador**: um estudo à luz das garantias constitucionais. (2014). Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 109, 773-793.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976

JESUS, Damásio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: comparada e comentada (Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021)**. Rio de Janeiro: Forense, 2022

LIMONGI, Celso. **Erro científico ou desonestidade científica?** 2017. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/251431/erro-cientifico-ou-desonestidade-cientifica>. Acesso em: 28 nov. 2024

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATIDA, Janaina. **O valor probatório da palavra policial**. Salvador: Ibadpp, 2020

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.,

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NICOLIT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Placido, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito Administrativo Sancionador: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. São Paulo: Malheiros, 2020

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019

PELUSO, Vinicius de Toledo. **Analogia e Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 159-184, jan./fev. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99363> . Acesso em: 28 nov. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

ROSA, Antonio. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Rt, 1995

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SILVA, Ana Clara Pedrosa Fernandes Valentim da. **O mito do cárcere ressocializador**. 2017. 173 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017

TAVARES, Ana Claudia Ribeiro. **Inconstitucionalidade da súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça: Análise da falta grave no cumprimento da pena privativa de liberdade**. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Eurípedes Marília, Marília, 2017.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2007. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011