

A inaplicabilidade da súmula vinculante número 5 do STF nos processos administrativos contidos na Lei 7.210/84

Dayane Patrícia Martins, Matheus Passos Silva

Resumo

O presente artigo aborda o tema “A inaplicabilidade da súmula vinculante nº 5 do STF nos processos administrativos da lei 7.210/84”, tema de suma importância pois traz a divergência doutrinária sobre a característica da execução penal ser administrativa ou penal. O conteúdo da súmula versa sobre a falta de advogado no processo administrativo disciplinar não violar a Constituição. Dessa forma, ocorrem as divergências doutrinárias, pois uma corrente prima pela defesa técnica nos processos administrativos da lei de execução, tendo em vista reconhecer o caráter penal da matéria, e a outra corrente defende não ser necessária a presença de defensor para aplicação de sanção disciplinar ao preso, uma vez que ele próprio poderá exercer, pessoalmente, o seu direito de defesa. Esse estudo pesquisou bibliografias com o intuito de pontuar a divergência doutrinária e chegar ao ponto de concluir pela aplicação ou não da súmula vinculante nos processos administrativo disciplinar sofrido pelo preso. Portanto, após a pesquisa, a conclusão foi pela não aplicabilidade da súmula, por se tratar a Lei de execução de matéria penal devendo respeitar os princípios inerentes a esse ramo do direito.

Palavras-Chave: Súmula Vinculante, Processo Administrativo, Princípios de Direito Penal.

Abstract

This paper discusses the theme “The inapplicability of stare decisis paragraph 5 of STF in administrative law 7.210/84” theme of paramount importance as it brings about the doctrinal divergence characteristic of criminal enforcement be administrative or criminal. The content of the summary is about the lack of lawyer in administrative disciplinary proceedings did not violate the Constitution. Thus, the doctrinal differences occur because a current press for technical defense in administrative law enforcement in order to recognize the character of the criminal matter, and other current advocate not necessary presence of advocate for the application of disciplinary arrested, since he himself may exercise personally, their right of defense. This research investigated bibliographies in order to score the doctrinal divergence and reach the finish point of the application or not of stare decisis in the administrative disciplinary suffered by the prisoner. So after research, the conclusion was the inapplicability of the score sheet, because it is the law enforcement criminal matters respecting principles inherent in this field of law.

Keywords: Binding Precedent, Administrative Procedures, Principles of Criminal Law.

Introdução

Neste artigo, pretende-se demonstrar que a aplicação da súmula vinculante número 5 do STF aos procedimentos da lei 7.210/84—Lei de Execuções Penais —pode trazer prejuízos ao condenado que vier a responder processo administrativo em decorrência do cometimento de falta disciplinar dentro da prisão, quando do cumprimento da pena privativa de liberdade. A súmula vinculante número 5 do STF versa sobre a não necessidade de defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, uma vez que considera o advogado como ferramenta dispensável nesses casos específicos. Com o crescimento exacerbado da população carcerária cria-se a necessidade de implementação de barreiras de contenção a práticas abusivas dentro de estabelecimentos dessa natureza. A lei de execuções penais (LEP) traz o rito, ou seja, a forma de execução da pena e a parte mais importante para a abordagem completa deste trabalho, que são as sanções disciplinares a que está sujeito o preso dentro de uma penitenciária. A LEP relaciona as sanções disciplinares que o encarcerado sofrerá quando praticada a falta disciplinar. Na prática lei de execuções penais determina um padrão de comportamento a ser seguido pelo prisioneiro durante o cumprimento de pena. Diante o descumprimento do comportamento modelo ditado pela legislação o encarcerado sofrerá sanções estipuladas na lei de execução penal. Portanto, este estudo pretende mostrar que em relação aos processos administrativos contidos na lei de execuções penais a aplicação do conteúdo da súmula vinculante número 5 acarretará em prejuízos irreversíveis à pessoa do presidiário. A LEP determina no artigo 53, as sanções disciplinares que o preso deverá sofrer em casos de inobservância das regras estabelecidas. Portanto, no caso da ocorrência de falta disciplinar o preso responderá, mediante um processo administrativo, o qual a súmula vinculante número 5 determinou não ser necessária a presença do advogado para apuração e aplicação de sanções pela conduta inadequada.

Súmula Vinculante – Noções Gerais

O estudo da etimologia das palavras é a correta interpretação de determinada palavra, que ocorre através do estudo que se faz da origem de cada palavra, logo frente ao estudo do nome é possível compreender, de uma forma mais ampla, certos institutos. Passemos então para a análise do nome do instituto denominado súmula vinculante, pois faz-se necessária a correta interpretação do nome empregado a esse instituto jurídico para que se comece a tecer o entendimento sobre o mesmo. Para tal entendimento as palavras de Bruno Lessa Pedreira São Pedro (2012) são de suma relevância: Para que melhor entendamos o que seja súmula vinculante, é necessário, antes de conceituarmos, que façamos a análise dos termos que a compõe. Súmula deriva do latim *summula*, que significa sumário ou resumo. Segundo Marcus Cláudio Acquaviva, súmula é a “ementa que revela a orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos”, ou seja, consoante entendimento de Antonio Carlos de A. Diniz, “consiste num enunciado sintético que contém a interpretação uniformizada de Tribunal sobre uma dada matéria”. Enfim, a súmula é resultado do entendimento extraído e já assentado de decisões reiteradas que se tornaram jurisprudência. Vinculante, por sua vez, tem a ver com algo que está ligado a outro. Seria, portanto, no âmbito jurídico, a filiação compulsória de uma decisão a uma outra já prolatada. Nestes termos, prevendo a súmula vinculante em seu art. 103-A, nossa Carta Política de 1988, o fez, ditando-a, como instituto que tendo por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas,

acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de aprovação pelo STF e publicação na imprensa oficial. A luz do texto constitucional e de sua estrutura vinculatória tem-se, pois, a súmula vinculante enquanto ementa que manifesta o juízo do Supremo Tribunal Federal extraído de reiteradas decisões de matéria constitucional, objeto de divergência de entendimentos entre órgãos judiciários ou destes com órgãos da administração pública, que acarrete incertezas quanto a sua manifestação, bem como demande enorme quantidade de questões idênticas, ao qual vinculará seu enunciado e também os fundamentos que motivaram sua existência aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, seja ela direta ou indireta, nas três esferas estatais, tendo em vista a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas.

A criação, no Brasil, do instituto constitucional denominado súmula vinculante teve influência de vários segmentos da família do direito. Dentre eles o *common Law* se destaca. De acordo com Pedro Lenza, o *common Law* é o ramo do direito que prega a vinculação de decisões dos tribunais em determinada jurisdição. Nesse sentido é o entendimento de Pedro Lenza (2009), que trazem seu texto o “enxerto” do sistema *Common Law* na criação da súmula vinculante no Brasil. Apesar da crítica, podemos valer-nos de dois grandes” modelos para o estudo da súmula vinculante: a) modelo do direito codificado continental (*civil Law*); b) modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common Law*). Ainda de acordo com a obra de Pedro Lenza (2009, p. 578), passemos à definição do chamado precedente: O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira). Logo, a criação da súmula vinculante no Brasil surge influenciada, de certa maneira, pelo modelo do *common Law*. A doutrina do *common Law* utiliza-se do precedente judicial *stare decisis*, ou seja, as coisas permanecem como foram decididas. O estado, naquela doutrina, decide o primeiro caso de uma determinada forma e a decisão terá força obrigatória perante os demais casos similares, é o que se encontra no texto de Pedro Lenza (2009, p. 578), fazendo uso de suas próprias palavras, bem como usando as palavras de Walber de Moura Agra: Podemos afirmar, então, que, embora com as suas particularidades, o instituto do *stare decisis* influenciou a criação da súmula vinculante do direito brasileiro. Segundo Agra, o sistema de *common Law*, de tradição anglo-saxônica, onde prepondera o *stare decisis* (*et quia non movere*), o precedente judiciário é fonte de direito, isto é, detém valor normativo. Fala-se, então, em “*stare decisis et quia non movere*”, ou seja, “mantenha-se a decisão e não se pertube (se altere) o que foi decidido”, apesar de o precedente não ser de aplicação absoluta. As súmulas vinculantes, no Brasil, surgiram com emenda constitucional nº 45 de 30 de setembro de 2004, que veio tratar da reforma do poder judiciário brasileiro e encontram previsão legal no artigo 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 46), nesses termos: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação

aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Assim, a partir do fenômeno – reformado judiciário – as súmulas de efeitos vinculantes adentraram ao ordenamento jurídico brasileiro. A emenda constitucional 45 inseriu o artigo 103-A na Constituição federal, passando a existir no referido artigo a previsão legal da súmula vinculante.

A súmula vinculante é o instrumento jurídico pelo qual somente o STF, mediante existência de várias decisões reiteradas, vincula o entendimento de decisões futuras, sobre dada matéria constitucional, ou seja, se o caso a ser julgado for de matéria já anteriormente tratada e decidida, a decisão a ser proferida pelo órgão julgador estará vinculada ao primeiro caso idêntico já julgado, a decisão deve ocorrer no mesmo sentido, por força da súmula vinculante editada pelo supremo. A súmula vinculante editada pelo STF possui força obrigatória. Nesse sentido são as palavras de João Trindade Cavalcanti Filho (2011, p. 565): Para o bom entendimento do instituto da súmula vinculante, é preciso esclarecer alguns conceitos básicos da teoria geral do direito: precedente, jurisprudência e súmula. Precedente (ou julgado) é um julgamento de um tribunal em um determinado sentido. Tem força, em geral, meramente argumentativa, pois os demais órgãos não são obrigados a seguir o mesmo entendimento, diz-se que há um precedente sobre a matéria, mas nada atesta que esse entender prevalecerá. Caso se verifiquem vários julgados num mesmo sentido, de modo que fique claro que aquele é o posicionamento majoritário do tribunal, diz-se que há jurisprudência sobre a matéria. Jurisprudência, nesse sentido, é uma série de precedentes no mesmo sentido. Por exemplo: a jurisprudência do STF considera que o clamor público, por si só, não justifica a prisão preventiva. A jurisprudência, assim como o precedente, não tem força obrigatória, só argumentativa, embora mais relevante que um mero julgado. Por outro lado, quando uma determinada jurisprudência já está longamente sedimentada no tribunal, geralmente a corte elabora alguns enunciados que resumem a jurisprudência meramente argumentativa, mas muito mais relevante que a da mera jurisprudência. Por fim, existe a súmula vinculante, que tem força obrigatória e só pode ser produzida pelo STF, nos termos do art. 103-A. Em suma: súmula qualquer tribunal pode elaborar (inclusive o STF); súmula vinculante, só o STF.

Objetivos pretendidos com a criação da súmula vinculante

Por objetivos da súmula vinculante entende-se a validação e interpretação de conteúdo que divergem os órgãos do poder judiciário e à administração pública, o STF através da edição de súmula pacifica o entendimento e logo o conteúdo passa a ter efeito vinculante força obrigatória para os demais órgãos. É que infere-se no artigo 103-A, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 2011, p. 46): § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. A súmula vinculante tem por objetivo, também, dar celeridade processual e evitar o inchaço do Supremo Tribunal Federal – à medida que o STF concentra a decisão de demandas repetitivas ocorrerá o saneamento da morosidade da justiça. Dessa forma, ocorrerá também, à redução do número de processos no

judiciário, pois as decisões serão proferidas por amostragem de casos idênticos que já foram anteriormente decididos da mesma forma. Logo, a atividade jurisdicional ocorrerá em tempo recorde, com a prolação de um número maior de decisões em tempo hábil. Nesse sentido, são as palavras de Pedro Lenza (2009, p. 577): “Duas realidades: a morosidade da justiça e as teses jurídicas repetitivas. A morosidade da justiça, amplamente conhecida e criticada, apresenta-se como uma das grandes mazelas do judiciário deste começo de novo século. No tribunal de justiça de São Paulo, para se ter um exemplo, conviviam-se com um inconcebível “tempo morto” de até 5 anos para se distribuir um único recurso de apelação, apesar de a tese decidida pelo juízo monocrático (e aguardando distribuição para nova apreciação pelo tribunal) já estar pacificada no STF. Sem dúvida, a divergência jurisprudencial, atrelada ao sistema recursal pátrio, bem como as diversas causas repetidas em que a Fazenda Pública figura como parte, vêm contribuindo para agravar a chamada “crise da justiça”. A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar o comando fixado no artº. 5º, LXXVIII, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida, estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniforme.” A partir do texto do artigo 5º, LXXVIII da constituição federal, encontra-se um dos objetivos pretendidos com a criação das súmulas vinculantes no Brasil, pois o referido texto constitucional visa garantir que os processos administrativos ou judiciais ocorram em prazos razoáveis. É a redação do artigo 5º, LXXVIII (BRASIL, 2011, p. 13): “LXXVII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” O conteúdo das súmulas será aplicado em casos fáticos de ordem materialmente constitucional e somente após, existirem várias decisões repetidas, é o que preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 293): A Emenda n. 45/2004 deu as súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal status de instituto constitucional, por meio do art. 103-A, que foi incluído no texto da Lei Magna. As súmulas somente caberão em matéria constitucional e não poderão ser adotadas, senão após reiteradas decisões e pelo voto de dois terços dos membros da casa (art.103-Acaput) Ainda, sobre os objetivos da súmula vinculante, nota-se a intenção de evitar a interpretação distinta de normas e o proferimento de decisões díspares para casos idênticos. A súmula vinculante tem o condão de vincular o conteúdo e a matéria de fato e de direito, logo se um caso é semelhante a outro julga-se de maneira igual, usando a súmula como parâmetro para respeitar o princípio da igualdade. Numa súmula vinculante ocorre a vinculação do entendimento sobre determinada norma. Entende-se que para casos da mesma natureza a decisão deve ser vinculada, ou seja, pautada sempre no entendimento formulado na súmula e que já fora aplicado em casos semelhantes. Nesse sentido, os tribunais inferiores devem se orientar no que está na súmula, ou seja, se o caso julgando se encaixa na matéria sumulada, aplica-se o texto vinculante. Dessa forma, ocorre obediência máxima ao princípio isonomia e como já dito, da igualdade, pois se profere a mesma decisão para casos idênticos. A redação do artigo 103-A, § 3º da Constituição Federal traz mais um dos objetivos pretendidos com a criação da súmula vinculante, que é a segurança jurídica, é a letra do referido artigo (BRASIL, 2011, p. 46): § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. O artigo citado no parágrafo anterior vem demonstrar a segurança jurídica que a súmula

vinculante proporciona a situação fática semelhante que já fora anteriormente analisada de forma colegiada pela suprema corte, onde as decisões posteriores dos juízes monocráticos, em relação ao mesmo tema deverão estar vinculadas a decisão daquela corte, logo diante de uma situação idêntica a anterior, existe a garantia da seguridade do princípio da igualdade.

A segurança jurídica é mecanismo protegido pela súmula vinculante, uma vez que a sociedade civil não se sujeita ao entendimento isolado de um ou outro julgador, pois estes estão vinculados, quando o caso for materialmente idêntico, ao entendimento já adotado pelo STF no teor da súmula, o que vincula a decisão dos demais tribunais. Ainda sobre a segurança jurídica faz-se mister apontar que o direito de reclamação junto ao STF em casos de inobservância das súmulas vinculante por juízes e tribunais inferiores é a máxima dessa garantia, uma vez que assegura ao prejudicado a garantia de um novo julgamento com a prolação de nova decisão. Existe ainda a possibilidade da não aplicação da súmula vinculante ao caso concreto, é o que versa Leo Van Holthe (2006, p. 474): Ressalte-se que caberá ao juiz ou tribunal dizer se o caso concreto está ou não abrangido pelos efeitos vinculantes da súmula editada pelo STF. Em outras palavras, é possível que juízes e tribunais não apliquem a súmula vinculante ao caso concreto, desde que considerem que o caso sob julgamento não se encaixa na prescrição contida na referida súmula. Nesses casos, caberá aos prejudicados o ajuizamento de uma reclamação no STF para garantir a autoridade da súmula vinculante, nos termos do artigo. 103-A, § 3º da CF/88. Conforme mencionado em tópico anterior, o artigo 103-A, § 3º da constituição federal trata da reclamação que poderá ser formulada ao STF caso haja decisões em desacordo com a súmula aplicável, pois frente a adequação do caso concreto ao conteúdo disposto na súmula, deverá ocorrer a aplicação. Logo, não ocorrendo dessa forma a pessoa prejudicada poderá ajuizar ação junto ao STF com o propósito de ver o ato anulado ou ter a decisão anulada. Dessa forma, a existência de decisões em inconformidade com o conteúdo de sumula vinculante, quer seja no âmbito administrativo quer seja no judicial, será avaliada pelo STF, mediante reclamação do prejudicado.

A súmula vinculante número 5 e o processo administrativo disciplinar

A súmula vinculante número 5 editada pelo STF em 07 de maio de 2008 traz a seguinte redação: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2011, p. 1907).

Com a aprovação da referida súmula, o Supremo Tribunal Federal (STF), o entendimento do Tribunais sobre processo administrativo disciplinar (PAD), trazendo segurança jurídica as decisões já tomadas, ou prestes a serem proferidas. O entendimento pacificado viabiliza a tramitação do processo administrativo disciplinar, dando celeridade, proporcionando segurança jurídica evitando divergências posteriores sobre o tema, pois a partir da publicação da súmula na imprensa oficial todos os órgãos do poder judiciário, da administração pública direta e indireta em todas as esferas, ficam vinculados ao entendimento pacificado pelo Supremo (TORRES; RESENDE, 2008). A súmula vinculante número 5 do STF, é o instrumento jurídico que tem por objetivo dar celeridade ao processo administrativo disciplinar, bem como que os tribunais, não vinculem a ocorrência do processo administrativo disciplinar a presença de um advogado. Dessa forma, a ausência de membro com capacidade postulatória não afeta a validação do processo administrativo, ou seja, não acarreta nulidade. A súmula vinculante

citada tem alcance no âmbito da ocorrência de processo administrativo disciplinar disciplinado na lei 8.112/90, existente para apurar o cometimento de falta pelo servidor e aplicar-lhe a devida sanção. A súmula não veda a presença de advogado no curso do processo, trata-se, na verdade de uma faculdade, ou seja, o servidor pode ou não contratar membro com capacidade postulatória (CARVALHO FILHO, 2011, p. 905, 912)

Competência para edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante

O STF é o órgão máximo do poder judiciário, logo sendo sua a competência para edição, revisão e o cancelamento de textos que vinculam as decisões proferidas por juízes e tribunais inferiores, é o que traz a lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006, em seu art. 2º nesses termos (BRASIL, 2011, p. 1840): Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta lei. Como já dito anteriormente, o STF é o detentor, de ofício, do poder para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, e o processo poderá, também, ser iniciado mediante provocação dos legitimados para tanto. A lei nº 11417 de 2006 versa sobre os legitimados para dar impulso ao processo de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, é a redação do artigo 3º da referida lei (BRASIL, 2011, p. 1840): Art.3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador do Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador- Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” Logo, infere-se que o STF é órgão que possui competência para edição, revisão ou cancelamento de enunciados vinculantes, de ofício ou mediante provocação. Os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade são também os legitimados para propor/provocar a aprovação, a revisão, e o cancelamento de súmula, conforme previsão constitucional. Destarte, o STF por iniciativa própria, ou mediante provocação, e após existência de várias decisões sobre o mesmo caso, ou caso semelhante, aprovará, mediante decisão de dois terços dos membros da Casa, súmula vinculante. A súmula versará sempre sobre matéria constitucional e terá validade em todas as esferas do poder judiciário, bem como frente aos órgãos da administração pública.

Processo Administrativo – Noções Gerais

O processo administrativo surgiu em 29 de janeiro de 1999, com a lei nº 9784 com a finalidade de proteger os direitos dos administrados e garantir o cumprimento dos fins desejados pela administração. O processo administrativo se concretiza com a existência de uma relação de conflito entre o estado e o particular, onde aquele é o detentor da competência para dirimir o conflito proferindo uma decisão. A atividade administrativa possui caráter público, logo faz-se necessária a criação de regras no sentido de fazer cumprir essa premissa (CARVALHO FILHO, 2011, p. 890-891). A administração pública é composta por pessoas que possuem vínculo com

a mesma, pessoas estas responsáveis pelo fiel cumprimento e prestação da atividade de utilidade pública. Dessa forma, por ser composta por seres humanos que podem falhar no momento da prestação da atividade administrativa é que surge o processo administrativo, com o condão de solucionar conflitos de ordem administrativa que envolva à administração e seus administrados. Não obstante, o particular deve cumprir com seus deveres legais no trato com a administração (DI PIETRO, 2013, p. 687). A lei federal 9.784/99 traz normas acerca da administração pública e versa sobre princípios à serem respeitados, direitos e deveres dos administrados, prazos a serem obedecidos e objetiva uma decisão com a finalidade de cumprir a vontade da administração. A referida lei tem aplicação no âmbito da administração pública federal, ou seja, não se aplica aos estados, DF e municípios (DI PIETRO, 2013, p. 687). O artigo 2º, caput, da lei 9.784/99, discorre sobre os princípios orientadores do processo administrativo, quais sejam legalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, proporcionalidade, contraditório e ampla defesa, segurança jurídica, interesse público e eficiência (DI PIETRO, 2013, p. 688). Destarte, o poder exercido pela administração pública, mediante o processo administrativo, vem para garantir a máxima eficácia da prestação do serviço público, pois o serviço deve ser prestado com urbanidade, em tempo razoável e com menor custo para o poder público, visando sempre o interesse público.

O processo administrativo é o ato pelo qual o poder público visa a prática de um ato administrativo e almeja com este colocar fim a uma discussão sobre determinada situação na esfera administrativa, passando a discussão, ao poder judiciário (CARVALHO FILHO, 2011, p. 892). A lei 9.784/99 estabelece regras em prol do bom relacionamento entre administração pública e seus administrados, uma vez que à luz da referida legislação o particular é devedor de certas obrigações frente ao estado, bem como sujeito de direitos perante este. No âmbito da lei 9.784/99, estão disciplinados os processos administrativos em âmbito federal com normas de aplicação à administração pública federal, direta e indireta e aos órgãos do judiciário da união e legislativo, logo a Lei 9.784 disciplina o processo administrativo na sua forma genérica (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 844). Existem ainda, os processos administrativos específicos, como é o caso do processo administrativo disciplinar (PAD), que encontra sua previsão na lei nº 8.112/90. O referido processo atua frente ao cometimento de falta disciplinar pelo servidor público, ou seja, nesses casos específicos aplica-se o disposto sobre processo administrativo disciplinar da lei 8.112, aplicando-se a lei 9.784 somente em casos de omissão da lei específica (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 844). Dessa forma, o processo administrativo é o procedimento adotado pela administração visando a prática de um ato administrativo, com o fim de apurar ações praticadas com inobservância, por parte da administração, dos princípios, regras e com desrespeito aos direitos dos administrados e por parte do particular por atos que vão contra seus deveres previstos na lei 9.784, chegando a aplicação das sanções descritas no artigo 68 da lei 9.784/99. Sendo assim, cabe reclamação da administração contra o particular em casos de este não agir com seus deveres previstos em lei, e logo o cabimento de reclamação do particular ou interessado contra a administração. A administração pública, nesse caso, detêm poder para decidir o conflito, exercendo a função de parte e de julgador (CARVALHO FILHO, 2011, p. 891).

Dos direitos e deveres dos administrados dentro de uma sociedade existem regras estabelecidas para o seu bom funcionamento, regras estas impostas a todo e qualquer cidadão. Todo homem inserido em um contexto social é devedor de obrigações em prol do

bem estar social e ao interesse público e sujeito de direitos perante o ente público detentor do poder estatal. Dessa forma, a lei do processo administrativo traz, em meio aos seus 70 artigos, os deveres do administrado, deveres que devem ser cumpridos em prol da boa relação entre poder público e o cidadão inserido em meio ao contexto social onde o poder estatal é exercido, é a letra do artigo 4º da lei 9.784 de 2006 (BRASIL, 2011, p. 1749): Art. 4º. São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos. Da mesma forma que o cidadão parte de uma sociedade é devedor de obrigações para com a administração pública, o ente público também é responsável e garantidor de direitos inerentes a pessoa do administrado. Tal prerrogativa encontra-se no artigo 3º da lei 9784, nestes termos (BRASIL, 2011, p. 1748): Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

A atividade administrativa é pautada em princípios constitucionais garantidores do cumprimento adequado do serviço público. A obediência de tais princípios está prevista no artigo 2º da lei do processo administrativo na seguinte redação (BRASIL, 2011, p. 1748):

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Sendo assim, é perceptível a aliança entre administração e administrados. As regras estabelecidas na lei 9784 discorrem sobre as obrigações de ambas as partes formadoras de uma sociedade. De um lado o estado exercendo seu poder e função pública administrava, devendo respeitar os princípios, as normas vigentes e os direitos do particular, e do outro o administrado com a imposição do dever de agir com urbanidade e honestidade frente ao ente público.

O objetivo da Lei 9.784/99 é regular o processo administrativo no âmbito da administração pública federal e estabelecer regras e princípios a serem cumpridos na prestação do serviço público e estabelece as sanções a serem aplicadas em caso de violação dos fins pretendidos pela atividade estatal (DI PIETRO, 2013, p. 685). O objetivo de um processo administrativo é justamente fazer com que os órgãos responsáveis pelo exercício das atividades estatais cumpram as regras estabelecidas na lei 9.784/99 e exerça a atividade pública com observância de todos os princípios estabelecidos na referida legislação, pois a inobservância ou descumprimento acarretará penalidades para o mesmo. Do mesmo modo, os administrados devem observar as regras impostas e agir com de acordo com os deveres impostos pela lei.

O artigo 68 da lei nº 9.784/99 traz as sanções a serem aplicadas pela autoridade competente, nestes termos (BRASIL, 2011, p. 1752): “Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer, assegurado sempre o direito de defesa.” O direito de defesa previsto no artigo 68 da lei de execuções penais (LEP) é também garantia constitucional, prevista no artigo 5º, LV, da Carta Magna brasileira. O referido princípio constitucional deve ser observado e respeitado em âmbito judicial ou administrativo, entretanto o STF editou súmula contrária a tal entendimento, pois o conteúdo vinculante diz que a falta de advogado no curso do processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (CARVALHO FILHO, 2011, p. 898). O processo administrativo poderá ser instaurado de ofício pela própria administração, sem a anuência do interessado, mas tal prerrogativa não impede que o interessado provoque a atividade administrativa, cabendo a esta o dever de dar prosseguimento ao feito. Finda a instrução os agentes administrativos responsáveis pelo processo deverão proferir à decisão em até 30 dias e fundamentar legalmente a referida decisão (CARVALHO FILHO, 2011, p. 897). A autoridade competente para aplicação de sanções à que se refere o artigo 68 da LEP é a própria administração pública, através de seus órgãos e agentes incumbidos do exercício da atividade administrativa de caráter coletivo (CARVALHO FILHO, 2011, p. 897). Ainda, de acordo com as ideias de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 904), encontra-se explanação sobre o recurso administrativo, cabível após insatisfação com a decisão proferida, bem como com a sanção aplicada pelo poder estatal. Após decisão proferida pelo agente público competente e restar o particular inconformado, este poderá interpor recurso no prazo de 10 dias, fundamentado com as razões do pedido de revisão.

A competência para proferir decisão no âmbito de processo administrativo é da própria administração pública, ou seja, Instaurado o processo administrativo e verificado o ato administrativo praticado à administração deverá proferir a decisão para a qual possui competência. É a máxima prevista no artigo 48 da lei 9.784, nestes termos (BRASIL, 2011, p. 1751): “Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.” Finda a instrução processual administrativa, a administração pública tem que respeitar o prazo estipulado em lei para proferir a decisão, havendo, entretanto a possibilidade de prorrogação do prazo mencionado acima, mediante justificativa expressamente motivada. É o que está previsto no artigo 49 da lei do processo administrativo (BRASIL, 2011, p. 1751): “Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

A máxima do artigo acima é a garantia da duração razoável do processo administrativo, pois do contrário o administrado ficaria a mercê do poder estatal, a espera de uma decisão, sem saber ao certo quando teria uma decisão favorável ou não, que colocaria fim ao processo na esfera administrativa. Logo, frente à instauração de um processo administrativo e concluída a instrução processual à administração, não poderá ultrapassar o prazo de 30 dias disposto no artigo 49 da lei 9.784, para proferir decisão, salvo comprovação de circunstâncias que justifique a prorrogação por igual período (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 47).

Lei de Execuções Penais – Noções Gerais

A lei de execuções penais adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro sob o número 7.210, no dia 11 de julho do ano de 1984. A referida lei vem tratar da forma de execução da pena. A Lei de execuções penais traça diretrizes que estabelecem a existência de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, não obstante, a execução das sanções penais impostas, ocorrem em locais tidos como inadequados, pois o estado brasileiro não dispõe de numerário adequado de presídios e nem de hospitais de custódia ou psiquiátricos. Logo, a premissa de reabilitação social imposta à execução penal, na maioria das vezes, pode não ocorrer, tendo em vista o caráter precário do sistema penitenciário brasileiro, bem como a falta de pessoal capacitado para o sistema prisional, o que acaba gerando situações de riscos e até mesmo ilegais e ou irregulares dentro dos estabelecimentos onde se cumpre a chamada pena privativa de liberdade. A lei de execuções penais, traz em seu bojo dispositivos que tem o condão de evitar os acontecimentos citados acima e ainda traça à forma que deverá ocorrer a execução penal. Dispositivos tais como, tempo para progressão de regime, sanções disciplinares que serão aplicadas ao condenado em caso de prática de falta disciplinar (NUCCI, 2008, p. 399-401).

A lei de execuções penais dispõe sobre a execução formal da pena, logo a LEP discorre acerca da forma que deve ocorrer a referida execução, que tem por principal objetivo efetivar o disposto em sentença ou decisão judicial. É o que está previsto no artigo 1º da referida lei (BRASIL, 2011, p. 1449): “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Não obstante o caráter de se fazer cumprir a pretensão punitiva instituída na sentença transitado em julgado, a execução penal possui ainda a finalidade de reabilitação do presidiário, tendo como meta a inserção do internado ao meio social (MORAIS; SMANIO, 2008, p. 140). A partir da existência de uma sentença judicial transitado em julgado o condenado à pena privativa de liberdade passará ao cumprimento da pena estipulada na sentença dada pelo juiz e logo, internado em estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, com o intuito de ali se ocupar da tarefa de reflexão de ter o seu direito de ir vir totalmente restringindo em face do ilícito cometido. Dessa forma, o preso durante o cumprimento da pena possui direito ao exercício de atividades laborais remuneradas, de modo que finda sua condenação e cumprido o tempo de encarceramento determinado, este possa voltar ao convívio social totalmente habituado ao trabalho. No entanto, o trabalho oferecido dentro dos estabelecimentos prisionais não é de todo compatível com o objetivo de transformar o preso em um profissional capacitado para voltar ao meio social exercendo uma profissão, pois o Brasil ainda é um País omissos nesse ponto (NUCCI, 2008, p. 418-426).

Todo ser humano é portador de direitos, esteja ele inserido ao meio social ou não. Mesmo a pessoa posta em regime de cumprimento de pena privativa de liberdade possui seus direitos básicos resguardados, havendo claro, certa restrição de seus direitos, em virtude do próprio encarceramento. A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 5º os chamados direitos e garantias fundamentais, e os divide em direitos e deveres individuais e coletivos. A função do referido artigo é de resguardados direitos básicos inerentes à pessoa, direitos como a liberdade, a igualdade, a vida, a intimidade, dentre outros. Importante ressaltar que frente à uma sentença judicial transitado em julgado no sentido de

colocar o sentenciado em regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, o direito de ir e vir será de certa forma, restringido, tendo em vista o próprio encarceramento do apenado. O estado como detentor do poder de punir exerce tal coerção de forma lícita, pois do contrário não estaria exercendo de forma disciplinar à prerrogativa que possui de punir para inibir o crescimento de crimes e não estaria sendo o garantidor do sossego e paz social.

A lei de execuções penais discorre sobre todos os direitos do preso, direitos estes que deverão ser respeitados e o estado é o garantidor e possuidor de mecanismos que visam tal proteção. O artigo 41 da Lei de execuções traz quais são os direitos do preso (BRASIL, 2011, p. 1451): 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). Destarte, à pessoa em regime de prisão, tem sua liberdade restringida, mas ainda conserva direitos que não foram abalados pela pena privativa de liberdade, e cabe as autoridades responsáveis e detentoras do poder estatal garantir e respeitar à sua integridade física e moral (NUCCI, 2008, p. 426).

O condenado posto em cumprimento de pena privativa de liberdade deve obediência ao estado, pois se encontra sob a guarda e responsabilidade deste, pois até mesmo as pessoas que vivem em plena liberdade devem obediência as regras estabelecidas pelo poder estatal, tendo em vista o convívio ideal e em conformidade com o respeito as liberdades e individualidades de cada pessoa, uma vez que se fosse tudo ao bel prazer, se cada pessoa se achasse no direito de fazer aquilo que lhe desse na “telha” não existiria uma sociedade organizada e muito menos o convívio social, pois tal convivência só é possível com a observância mútua dos princípios e regras estipuladas.

O artigo 39 da LEP é redigido com a enumeração dos deveres da pessoa condenada ao cumprimento de pena privativa de liberdade, estabelecendo regras a serem cumpridas dentro de um presídio, onde o sentenciado está posto a disponibilidade do estado e sujeito as regras impostas por este, logo o comportamento é baseado na disciplina e na obediência. É a letra do artigo 39 (BRASIL, 2011, p. 1451): 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 sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX- conservação dos objetos de uso pessoal. Logo, frente à imposição de sanção penal e sendo o condenado sentenciado ao encarceramento, este fica sujeito ao cumprimento das regras estatais e o não cumprimento destas sujeitará o preso às sanções disciplinares previstas na lei de execuções penais. A disciplina está descrita no artigo 44 e parágrafo único da LEP. Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 437) preleciona de forma simples e clara a disciplina devida pelo condenado quando da execução de sua pena, nestes termos: 96. Disciplina e execução da pena: o cumprimento às regras gerais de um estabelecimento penal ou de qualquer lugar onde se efetue a execução da pena é fundamental tanto para o condenado como para quem administra o local. Por isso, corretamente, estabelece esse artigo que o sentenciado deve colaborar com a ordem, obedecer às determinações emanadas das autoridades e seus agentes, bem como desempenhar algum trabalho. Toda palavra redigida até o presente momento, nesse tópico, foi com o intuito de demonstrar os deveres do preso frente ao estado quando inserido ao meio prisional. Logo, em face do descumprimento de tais obrigações exigidas durante à execução penal, o encarcerado sofrerá sanções disciplinares impostas pela lei de execuções penais. São as sanções previstas no artigo 53 da referida lei (BRASIL, 2011, p. 1452): Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I- advertência verbal; II- repreensão; III- suspensão ou restrição de direitos (art. 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. A chamada disciplina, mencionada no parágrafo acima, está prevista no artigo 44 da lei de execuções e consiste no cumprimento, em geral, das regras vigentes dentro de um estabelecimento carcerário ou qualquer um dos locais adequados ao cumprimento de pena. A disciplina é indispensável dentro dos estabelecimentos penais, uma vez que sem ela não haverá colaboração mútua entre sentenciados e administradores, e logo não ocorrerá obediência às ordens das autoridades carcerárias (NUCCI, 2008, p. 437). Dessa forma, nota-se que as sanções disciplinares são de suma importância quando se trata da execução da pena, pois o preso será constantemente avaliado e será registrado em seu prontuário todas as sanções que vier a sofrer. Logo, quanto mais anotações tiver, presume-se que pior fora o seu comportamento. O presidiário que ostentar várias sanções em sua ficha perderá alguns dos benefícios decorrentes da lei de execuções penais, tais como suspensão ou restrição das visitas íntimas e redução da recreação e do tempo de descanso pelo trabalho prestado (NUCCI, 2008, p. 451). O preso que não ostentar anotações em seu prontuário, ou quanto menos anotações possuir será considerado detentor do denominado bom comportamento e fará jus aos benefícios, as regalias e as recompensas elencados na LEP. As recompensas obedecem ao objetivo geral da lei de execuções penais, quais sejam o bom comportamento, a disciplina e o trabalho, logo subsistiram em razão do bom comportamento, da colaboração com a disciplina e do exercício de trabalho. O diretor do estabelecimento prisional é o detentor da competência para aplicação de sanções administrativas, decisões estas que devem ser sempre motivadas, pois desse ato poderá decorrer abertura de sindicância para apuração de irregularidades (NUCCI, 2008, p. 452).

Como já mencionado anteriormente, a falta disciplinar é todo e qualquer ato praticado pelo presidiário com inobservância do disposto na LEP, ou seja, atos em desacordo com os ideais da execução penal, quais sejam, o mau comportamento, a indisciplina e a não dedicação ao trabalho (NUCCI, 2008, p. 454).

Frente o cometimento da falta disciplinar, ocorrerá procedimento para apurar e aplicar a sanção devida pelo ato indisciplinado. O artigo 59 da lei de execuções penais traz a previsão legal da instauração do referido processo administrativo para averiguação do ocorrido e findo o procedimento administrativo a prolação de decisão devidamente motivada (BRASIL, 2011, p. 1453): “Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme, regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.” Frente à instauração de procedimento administrativo para apurar o cometimento da falta disciplinar pelo preso, faz-se necessária à garantia do princípio constitucional da ampla defesa, tendo em vista garantir a máxima do devido processo legal, também de previsão constitucional. No entanto, o processo administrativo tem primado sempre pela celeridade e economia processual, entendendo ser suficiente apenas que o prisioneiro justifique ou motive a prática do ato ou negue ser ele o autor do fato, sem a presença de advogado (NUCCI, 2008, p. 456).

Princípios – Noções Gerais

De acordo com o entendimento de Paulo Bonavides, princípio é tudo aquilo que norteia a criação de regras positivas vigentes dentro de uma sociedade, isto não significa dizer que os princípios, só passam a existir mediante inserção destes à norma positivada, uma vez que eles existem pelo simples fato de serem legítimos frente a determinado grupo de pessoas, quer seja através das conquistas sociais ou dos costumes (BONAVIDES, 2012, p. 265). Há que se falar na diferença existente entre normas e princípios. Nesse sentido, os princípios teriam alcance amplo, de ordem subjetiva, admitindo interpretação extensiva e dando margem para discussões, enquanto as normas teriam aplicabilidade definida, ou seja, adequação do caso concreto a norma vigente (SILVA, 2012, p. 91-92). Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 37), encontramos a clássica distinção entre normas e princípios, nestes termos: A distinção tradicional apoia-se num critério formal. Numa análise de abrangência, os princípios seriam normas jurídicas, sim, mas generalíssimas, tanto na sua hipótese quanto no seu dispositivo, por isto, a sua diferenciação seria uma questão de grau de generalidade. Assim, por exemplo, o princípio democrático, na hipótese, abrange a atribuição do poder; no dispositivo, a supremacia do povo, mas num e noutro ponto cabem incontáveis formulas. No extremo oposto, estão as regras, normas jurídicas, cuja hipótese (é mais ou menos) restrita e cujo dispositivo é (mais ou menos) preciso (pode, não pode; matar; se matar, sofrerá tal pena, p.ex). Logo, existem as regras e existem os princípios, sendo as regras a lei em seu sentido genérico e abstrato, ou seja, adequação da normal ao caso concreto, enquanto que os princípios têm aplicação ampla, sendo aberto à discussão jurídica e à interpretação.

Passemos então, para a definição do princípio do contraditório e da ampla defesa, dentro do ordenamento jurídico pátrio. O referido princípio está disciplinado no artigo 5º, LV, da constituição federal e discorre sobre a garantia das partes integrantes de processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, do contraditório e da ampla defesa (CARVALHO

FILHO, 2011, p. 898). Não obstante, o texto constitucional trazer o princípio do contraditório e da ampla defesa em um único artigo, existe diferenças relevantes entre estes, uma vez que a ampla defesa é o meio pelo qual as partes integrantes de processo administrativo ou judicial, possuem garantia constitucional ao direito de defesa, valendo-se de todos os meios que vise esclarecer os fatos, ao passo que o exercício do contraditório é ato pelo qual, a parte, tem acesso ao que é alegado contra e si, e logo tem o direito de responder o alegado (DI PIETRO, 2013, p. 692). Em seu texto Alexandre de Moraes (2012, p. 112) versa sobre a distinção entre o contraditório e a ampla defesa, trazendo de forma simples e clara a função de um e de outro elemento constitucional, nesses termos: Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação diversa daquela feita pelo autor. Assim sendo, é notória a distinção entre os meios de defesa disposto na Constituição Federal, todavia um e outro são meios pelo qual, o réu, tem efetivado tal direito. A diferença dos dois institutos está na forma de exercer o direito, pois ao passo que na ampla defesa o acusado pode usar de todos os meios para se defender da imputação de um fato, já no contraditório ele pode valer-se do direito de apresentar a sua versão para os fatos, como fizera a outra parte. Logo, mediante a ocorrência de um processo, administrativo ou judicial, litigioso ou não, será garantido no curso desses processos o exercício do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista essa garantia estar prevista na lei de execuções penais, no código penal brasileiro, na lei do processo administrativo e na lei maior, suprema que é a Constituição Federal.

Todo ato processual deve observar a forma descrita em lei, uma vez a prática de tais atos com a inobservância dos moldes que a legislação determinar acarretará nulidades aos atos praticados naquelas condições. No processo penal não poderia ser diferente, logo essa regra possui validade no curso de processo criminal (NUCCI, 2013, p. 843). O princípio do contraditório e da ampla defesa é vigente no curso de processo criminal e o cerceamento de defesa acarretará nulidade do ato processual. A falta de citação do réu é uma das causas de limitação do exercício do contraditório e da ampla defesa, segundo Guilherme de Sousa Nucci (2013, p. 855): Essa causa de nulidade – ausência de citação – é corolário natural dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Naturalmente, ser citado ou se a citação for feita em desacordo com as normas processuais, prejudicando ou cerceando o réu, é motivo para anulação do feito a partir da ocorrência do vício. Trata-se de nulidade absoluta. A nulidade absoluta citada no parágrafo acima é assim definida por tratar de matéria de ordem pública, ou seja, que afrontem o fim almejado pelo interesse público e deve ser suscitada de ofício pelo magistrado ou a pedido da própria parte. Sendo assim, a falta de meios que possibilite o pleno exercício do direito de defesa do réu viola o princípio do devido processo legal (NUCCI, 2013, p. 843). Logo, qualquer ato praticado no curso do processo penal que venha prejudicar a acusação ou a defesa será declarado nulo, nos moldes do artigo 563 do código de processo penal brasileiro. As nulidades do processo criminal estão previstas no artigo 564 do código de processo penal. Assim sendo, o réu que não fizer uso dos meios inerentes à ampla defesa dentro do curso do processo criminal, poderá arguir nulidade

absoluta do processo, uma vez que o juiz não pode negar o direito de constituição de advogado para o pleno exercício da atividade de defesa (NUCCI, 2013, p. 843).

Para José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 905-906), processo administrativo disciplinar é o ato pelo qual a administração pública apura e aplica sanções aos servidores que cometerem faltas disciplinares. Logo, frente ao cometimento da falta, haverá a instauração de um processo administrativo disciplinar e durante o decorrer deste, o servidor terá o seu direito de defesa oportunizado, mediante o exercício do contraditório e a ampla defesa. O princípio do contraditório e da ampla defesa, como já fora dito, em tópico acima, é garantia constitucional e está previsto no artigo 5º, LV, da Carta Magna com a seguinte redação (BRASIL, 2011, p. 12): “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.” O entendimento é de que o enunciado constitucional do direito de defesa e do contraditório tem abrangência tanto no âmbito administrativo como no âmbito judicial, devendo o princípio ser respeitado em situações de relações conflituosas, ou seja, se não houver litígio não há que se falar em contraditório e em ampla defesa (CARVALHO FILHO, 2011, p. 898). No âmbito do processo administrativo disciplinar a ampla defesa pode ser exercida pela própria pessoa, uma vez que a constituição de advogado é uma opção a ser feita pelo acusado. A súmula vinculante número 5 do STF estabeleceu que a falta de advogado, no curso de processo disciplinar, não viola a constituição, corroborando, assim com a ideia de ser facultativo à representação por membro com capacidade postulatória (CARVALHO FILHO, 2011, p. 898).

A lei de execução penal estabelece que o encarcerado que praticar falta disciplinar será submetido a procedimento que visa apuração da falta cometida, tendo seu direito de defesa assegurado, conforme prevê o artigo 59 da referida lei (BRASIL, 2011, p. 1453): “Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.” A garantia da ampla defesa é essencial para a fiel obediência ao princípio do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição dentro da execução penal. Uma vez que a sanção aplicada pela autoridade administrativa competente, no caso dos presídios, o diretor do estabelecimento, esta não possui caráter meramente administrativo e sim penal, pois a execução está diretamente ligada ao direito penal e processual penal. Assim, é o entendimento de Guilherme de Sousa Nucci (2013, p. 1020):

Por outro lado, é impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de se regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras. O Direito ao exercício do princípio da ampla defesa é assegurado em qualquer tipo de processo administrativo ou judicial que tenha o condão de solucionar situações conflituosas ou processos onde o Estado exerça seu poder coercitivo. Sendo assim, a ampla defesa é pertinente nos processos administrativos da lei de execução penal, pois na referida Lei ocorre, exatamente, o exercício do poder estatal. Nesse sentido, são as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 692): “O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de

processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas, É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição.” No que tange a lei de execuções penais, no momento da aplicação de sanção disciplinar ao preso que comete falta disciplinar, ocorre violação do referido princípio constitucional da ampla defesa, pois tudo que ocorrer no curso da execução penal estará ligado a ela sendo impossível afastar o caráter penal dos fatos que ocorrer nesse período. Logo, o preso tem sua defesa cerceada, uma vez que deveria lhe ser assegurado o direito a ampla defesa nos moldes do ocorrido no processo penal. A ausência de defesa garantida no artigo 564, inciso III, alíneas “c” e “l” do código de processo penal é causa de nulidade absoluta, como já foi dito, logo se tudo que ocorrer durante a execução penal, estiver atrelado a ela não pode ser afastado tal garantia processual penal, pois o caráter das sanções disciplinares, aplicadas ao preso mediante instauração de um processo administrativo disciplinar regido pela lei nº 9.784/99, é plenamente penal, pois está vinculado à execução penal. Dessa forma, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar que visa à aplicação de sanção disciplinar ao encarcerado, fere o direito de defesa garantido no processo penal, pois se tudo que acontece no curso da execução penal está atrelado a ela e é tido como matéria de competência penal, aquele procedimento, deve-se aplicar todos os recursos e prerrogativas inerentes ao processo criminal.

Por direito de ampla defesa o STF já entendeu ser a permissão ao acusado de se utilizar de todos os meios pertinentes e vigentes na legislação para exercício de sua defesa. Logo, se o princípio da ampla defesa, garantido na Constituição Federal, no código de processo penal, na lei 9.784/99 e na própria lei de execuções penais não for garantido em sua forma plena estará indo em desacordo com os dispositivos legais e contra o entendimento sobre o conceito de ampla defesa (RT 688/384, RECURSO EXTRAORDINÁRIO STF Nº 434.059/DF, p. 740).

Inaplicabilidade da súmula vinculante nº 5 do STF nos processos administrativos da Lei 7.210/84

A execução penal é a fase do processo criminal onde será cumprida a pretensão punitiva imposta e desejada pelo poder estatal. Quando da sentença condenatória, o juiz irá estipular uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou a pecuniária, sendo a pena privativa de liberdade o principal objeto desse trabalho acadêmico (NUCCI, 2013, p. 1018). Sendo assim, a pessoa sentenciada e conduzida à pena privativa de liberdade, passa ao cumprimento de pena em estabelecimento penitenciário e lá será informado das normas disciplinares as quais estará sujeito, pois o não cumprimento das normas acarretará a aplicação de sanções disciplinares mediante ato administrativo motivado do diretor do presídio, sendo assegurado o direito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme disposto no artigo 118, § 2º da LEP (NUCCI, 2013, p. 1041, 1061). Frente à instauração de processo administrativo para apuração da falta cometida e a aplicação da sanção devida, surge à súmula vinculante nº 5 do STF, com o entendimento de que nos processos administrativos não se faz necessária a presença de advogado para fazer a defesa do acusado, ou seja, a falta de membro com

capacidade postulatória não torna nulo o processo administrativo, tendo em vista não ferir os princípios constitucionais do artigo 5º, LV, do contraditório e da ampla defesa.

As sanções disciplinares aplicadas ao sentenciado em regime de cumprimento de pena privativa de liberdade estão disciplinadas no artigo 53 da lei de execução penal. Guilherme de Sousa Nucci (2013, p. 1042) fala sobre as sanções e de quem é a competência para aplicação: As sanções disciplinares são as seguintes: advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; isolamento na própria cela ou em local adequado; inclusão no RDD (art. 53, LEP). As quatro primeiras podem ser aplicadas pelo diretor do estabelecimento, em decisão fundamentada, e a última por despacho prévio e fundamentado do juiz competente (art. 54, LEP).

Logo, existem algumas sanções que podem ser aplicadas pelo diretor do estabelecimento carcerário e outras que somente podem ser aplicadas pelo próprio juiz da execução. Sendo assim, é cabível ao preso o direito de formular reclamação ao juiz da execução penal em relação ao poder disciplinar exercido pelo diretor do presídio. É à partir desse entendimento que as palavras de Guilherme de Sousa Nucci (2008, p. 456) são de suma importância: Recurso contra sanção disciplinar: em nosso ponto de vista, havendo silêncio desta Lei, a matéria deveria ser abordada por legislação estadual. Inexistindo esta, parece-nos plenamente cabível que a parte prejudicada, no caso o preso, suscite o incidente de excesso ou desvio de execução, conforme o caso, com pedido liminar de sustação do ato sancionador, se preciso, ao juiz da execução penal. Ainda, fazendo uso do entendimento de Nucci (2008, p. 456), passemos ao ponto mais importante desse tópico, qual seja, o caráter penal das sanções disciplinares aplicadas no curso da execução penal e a divergência doutrinária em relação a esse tema, são as palavras do renomado autor: Não vemos o ato do diretor do presídio, ao isolar o preso, por exemplo, por 30 dias, como um simples ato administrativo, passível de impugnação por via do mandado de segurança na vara da Fazenda Pública ou, na falta desta, em vara cível. Cuida-se de situação inexoravelmente ligada à execução da pena e tudo que concerne a essa matéria é da competência do juiz da execução penal.... Enfim, não se trata de uma matéria tipicamente administrativa e discricionária, sem qualquer ingerência do juízo da execução penal. Para Nucci, o caráter da execução é plenamente penal, uma vez que tudo que está inserido ao meio penitenciário terá reflexo direto na execução da pena imposta. Não obstante a isso, o renomado autor diverge quanto à aplicação do preceito constitucional da garantia da ampla defesa, pois diz ser necessário, somente que o preso discorra e fundamente as razões que o levaram a cometer o ato indisciplinado ou então que negue a autoria. Achando ser necessária a presença de advogado somente caso exista abuso ou cerceamento de defesa. No que tange à divergência doutrinária sobre o caráter da execução penal ser administrativo ou judicial, temos ainda o entendimento de Sidio Rosa de Mesquita Júnior (2007, p. 117). Para esse autor a atividade correspondente ao curso da execução penal é de cunho judicial e a sanção disciplinar é ato meramente administrativo. Para esse autor o direito a ampla defesa deve ser garantido ao preso no momento da instauração do procedimento administrativo destinado a apurar a falta disciplinar e aplicar a punição, nos moldes do artigo 4º, LV da Constituição Federal e do artigo 68 da lei 9.784/99.

Como já dito, o preso que cometer falta disciplinar dentro de estabelecimento prisional terá sua falta apurada e lhe será aplicada uma sanção descrita na Lei de execução penal, tudo isso

ocorrerá mediante instauração de um processo administrativo com motivação das decisões tomadas e com a garantia da ampla defesa ao encarcerado. Nesse sentido vejamos o entendimento doutrinário de Nucci (2008, p. 456): Já expusemos em nota anterior que a ampla defesa é fundamental para a garantia de existência do devido processo legal na execução penal. Entretanto, temos sustentado ser suficiente a garantia ao preso de apresentação de seus motivos para o cometimento da falta (ou para negação de ser o autor) pessoalmente. Não há necessidade de defesa técnica, inclusive para não burocratizar e emperrar o procedimento administrativo, que necessita ser célere para a garantia da ordem e disciplina interna do estabelecimento penal. Tendo como norte o entendimento acima infere-se que a ampla defesa é de certa forma reduzida, uma vez que o preso não se vê assistido por advogado no momento da aplicação de uma sanção, pois de acordo com o entendimento do STF o conceito de ampla defesa é, poder o condenado valer-se de todos os meios de defesa que a legislação autorizar, logo a assistência de advogado é uma garantia legislativa prevista no artigo 133 da Constituição Federal, nestes termos (BRASIL, 2011, p. 54): “Art.133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Logo, a presença do advogado confere lisura ao processo administrativo, pois o preso não possui as prerrogativas de uma pessoa dotada de capacidade postulatória e nem tão pouco possui imunidades concedidas a ela. Sendo o preso o responsável por exercer sua própria defesa o processo poderá não ocorrer com a severa garantia do princípio da imparcialidade, pois a autoridade administrativa carcerária poderá ser tendenciosa no tocante a oitiva do encarcerado.

Conclusão

A Lei que vem disciplinar a execução Penal é a Lei Federal nº 7.210/84, que estabelece regras para o cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como sanções a serem aplicadas ao preso em casos de cometimento de falta disciplinar grave dentro de estabelecimentos prisionais federais. Praticada a referida falta o preso terá uma punição em conformidade com o disposto na Lei de execução. As sanções disciplinares de natureza grave, instituídas na lei de execução penal, poderão ser aplicadas pelo diretor do presídio e pelo juiz da execução, observando a premissa de que as sanções competência do diretor do presídio são a advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e as sanções que enseja a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado, serão aplicadas pelo juiz da execução. Assim sendo, a súmula vinculante nº 5 do STF não pode ser aplicada no que tange ao processo administrativo sofrido pelo preso, uma vez que a execução penal possui caráter materialmente penal, tendo reflexo direto no cumprimento de pena, ou seja, o processo administrativo sofrido pelo preso não poderá seguir seu curso sem a presença de advogado. A presença de defensor se faz necessária uma vez que o preso é uma pessoa não conhecedora dos meios inerentes e necessários a sua defesa, pois sem a intervenção do advogado a justificativa do preso pela prática da falta disciplinar, seria uma mera formalidade, já que o sentenciado é pessoa leiga, e na maioria dos casos fruto da realidade analfabeta de uma grande parcela dos brasileiros. O entendimento doutrinário no sentido de ser necessário possibilitar ao preso, apenas, à exposição dos motivos que o levou a praticar a falta não é plausível, pois não se pode levar em conta somente a ideia de dar economia e celeridade processual no âmbito administrativo e deixar de lado o direito do exercício pleno da ampla defesa, ainda mais frente ao entendimento de ser o caráter da execução de ordem penal. Logo

não há que se falar em aplicação do conteúdo vinculante da súmula nº 5 do STF, pois a falta de advogado no trâmite do processo administrativo disciplinar sofrido pelo preso acarretará nulidade absoluta ao processo administrativo, assim como ocorre no processo penal, tendo em vista ser os atos da execução uma matéria penal, logo devem ser obedecidos os mesmos requisitos e princípios inerentes ao processo penal.

Parece ser mais correto o entendimento doutrinário que prima pela presença de defensor técnico no âmbito administrativo, tendo em vista o caráter penal dos fatos e atos ocorridos no curso da execução penal. Alguns atos ocorridos no curso da execução podem até ter origem administrativa, mas o seu fim irá sempre alcançar a execução. Destarte, ficou claro o aspecto penal das sanções disciplinares elencadas na Lei de execução penal, pois todo incidente ocorrido neste período não pode ser completamente desvinculado dela. Logo, sendo o caráter dessas sanções plenamente penais deve-se primar pela máxima obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa garantido na Constituição e previsto no código de processo penal como causa de nulidade absoluta, a não ocorrência dos referidos meios de defesa. De acordo com esse entendimento o contraditório e a ampla defesa devem ser garantidos no curso de processo administrativo da LEP, tendo em vista o caráter penal dos fatos inseridos nesse meio. Logo, o caráter das sanções elencadas na Lei de execução penal possui características penais que irão refletir diretamente no cumprimento da pena, sendo assim não é adequado a aplicação de conteúdo vinculante que versa sobre a não necessidade de advogado em matéria administrativa, pois não se trata de matéria dessa categoria, aquela que integra a execução penal. Além da garantia do princípio da ampla defesa, previsto na constituição Federal, há que se ressaltar que a mesma garantia encontra-se prevista na própria lei de execução penal, bem como em legislação esparsa, como, por exemplo, a portaria nº 38 do Departamento Penitenciário Nacional. A portaria estabelece que o defensor do preso será intimado do dia e horário da audiência para apresentar defesa, podendo até mesmo apresentar testemunhas, se julgar necessário, ora, assim resta comprovado que não estamos diante de uma matéria de cunho meramente administrativa, pois vemos aqui a confirmação de garantias previstas inicialmente no Processo Penal, sendo aplicadas na execução penal.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17ª. Ed. São Paulo: Método, 2009. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Portaria 38. Publicada no Diário Oficial da União no dia 10 de março de 2008. Disponível em: <http://www.justicatotal.com.br/PDF/PORTARIA/2008_port_38_depen_mj.pdf>. Acesso em 06 de maio de 2013.

_____. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Roteiro de direito constitucional*. 4. ed. Brasília: Gran Cursos, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução criminal – teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Reflexões acerca da súmula vinculante no Brasil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11962>. Acesso em 02 de maio de 2013. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Dixon; RESENDE, Paulo Marcos. *Súmula Vinculante nº 5: STF. 2008*. Disponível em: <<http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/05/10/sumula-vinculante-n%C2%BA-5-stf/>>. Acesso em 10 de junho de 2013.