

**A PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
ESTABELECIDO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL*****THE ATTORNEY'S PRESENCE IN THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS
ESTABLISHED IN THE CRIMINAL EXECUTION LAW***

Pedro Oscar Puhl da Silva¹

Resumo: Ao longo da história o sistema prisional passou por consideradas mudanças, evoluindo, por exemplo, de penas de morte, açoites e outros crimes bárbaros, para um modelo de penas privativas de liberdade, onde entre as principais metas encontram-se a ressocialização e a reeducação do preso. Nesse contexto, inclusive, há o surgimento da Lei de Execução Penal (7.210/1984), que trata sobre a organização dos regimes prisionais fechado, semiaberto e aberto; dos direitos e deveres do preso, bem como outras questões prisionais, entre as quais encontram-se as chamadas faltas disciplinares, que se classificam entre leves, médias e graves. Porém, conforme dispõe a citada lei, as sanções disciplinares somente serão aplicadas após a devida instauração do Processo Administrativo Disciplinar, procedimento que busca garantir ao apenado o devido processo legal e a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo, observando a CF/88 e a própria LEP, a figura do advogado, em regra, é necessária no PAD. Contudo, no ano de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou sua 5ª Súmula Vinculante, estabelecendo que “*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”, o que acabou fazendo com que se tornasse *dúbia a presença do causídico nos procedimentos administrativos instaurados nas penitenciárias*. Assim, o presente artigo tem como principal objetivo analisar a aplicação da 5ª Súmula Vinculante no campo do Procedimento Administrativo Disciplinar citado na LEP, utilizando-se para isso de pesquisas bibliográficas, legislações, doutrinas e jurisprudências.

Palavras-chave: Execução Penal. PAD. Advogado.

Abstract: Throughout history, the prison system has undergone considerable changes, evolving, for example, from death sentences, scourges and other barbaric crimes, to a model of deprivation of liberty, where among the main goals are resocialization and re-education of the prisoner. In this context, even, there is the emergence of the Penal Execution Law (7,210 / 1984), which deals with the organization of closed, semi-open and open prison systems; the rights and duties of the prisoner, as well as other prison issues, among which are the so-called disciplinary offenses, which are classified as light, medium and severe. However, according to the aforementioned law, disciplinary sanctions will only be applied after the proper establishment of the Disciplinary Administrative Process, a procedure that seeks to guarantee the defendant the due legal process and the application of the principles of the adversary and the broad defense. Thus, observing CF / 88 and LEP itself, the figure of the lawyer, as a rule, is necessary in the PAD. However, in 2008, the Plenary of the Supreme Federal Court approved its 5th Binding Precedent, establishing that “*The lack of technical defense by a*

¹Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta/RS – Unicruz. Pós-Graduado em Direito Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado. OAB/RS 114114.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

lawyer in the disciplinary administrative process does not offend the Constitution”, which ended up making the presence dubious of causidic in administrative procedures instituted in penitentiaries. Thus, this article aims to analyze the application of the 5th Binding Precedent in the field of Disciplinary Administrative Procedure mentioned in the LEP, using bibliographic research, legislation, doctrines and jurisprudence for this purpose.

Keywords: Penal execution. PAD. Lawyer.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 59 da Lei de Execuções Penais estabelece que nos casos de ter sido praticada uma falta disciplinar pelo preso, deverá ser instaurado um Procedimento Administrativo Disciplinar para sua apuração. Desse modo, observa-se que o dispositivo vai de encontro com o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, buscando respeitar o devido processo legal e a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a importância da aplicação desse procedimento se torna ainda mais evidente nos casos em que há o cometimento de uma falta disciplinar grave, ocasião em que temos a obrigatoriedade do uso do PAD - conforme decisões dos Tribunais Superiores.

Nessa senda, insta salientar que os mencionados direitos ao contraditório e à ampla defesa estão estabelecidos no artigo 5º, inciso LV, da CF, o qual dispõe que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Destarte, considerando as garantias expostas, denota-se que a participação do advogado ou defensor dativo no Procedimento Administrativo Disciplinar é medida a ser observada e respeitada.

Outrossim, corroborando com o entendimento supra, é essencial destacar que a própria Lei de Execuções Penais traz no seu texto legal que no Processo Administrativo Disciplinar o apenado investigado deverá ser assistido por Advogado ou Defensor Público - artigos 15, 16, e 83, §5º. Ainda, cita-se também a Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça (DJ 21.09.2007), que preceitua que “*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar*”.

Todavia, apesar de toda base legal apresentada, no dia 07 de maio de 2008, julgando o RE 434.059, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou aprovando a sua 5ª Súmula Vinculante, a qual trouxe a seguinte redação: “*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”. Assim, a referida súmula

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

vinculante acabou tornando nebulosa a participação do advogado no processo administrativo instaurado nos presídios, acarretando, conseqüentemente, muitas decisões divergentes sobre o tema. Além disso, menciona-se que a redação dada pela súmula acabou indo em sentido diametralmente oposto ao verbete expresso da Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça, que também preceitua sobre a participação do advogado no processo administrativo.

O presente artigo será desenvolvido através do método dedutivo, onde serão utilizadas pesquisas bibliográficas, legislações, doutrinas e jurisprudências. Desta maneira, num primeiro momento, será feita uma apresentação sobre a origem do sistema prisional brasileiro, seu desenvolvimento e sua importância na ressocialização e reeducação dos apenados. Num segundo momento, ocorrerá uma abordagem sobre a Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/84, abarcando as faltas disciplinares no âmbito da execução penal e o procedimento utilizado para o reconhecimento de tais faltas (Processo Administrativo Disciplinar - PAD), bem como, num terceiro momento, apresentar sobre a participação do Advogado no Procedimento Administrativo Disciplinar previsto na LEP, trazendo à baila súmulas e decisões judiciais que norteiam o assunto. Por fim, como principal objetivo, analisar se a presença do causídico no mencionado procedimento restou definitivamente afastada ou não pela Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal.

A análise do presente tema é de extrema importância, visto que há decisões judiciais divergindo quanto a presença do advogado no procedimento administrativo em destaque. Essas diferentes opiniões acabam fazendo com que muitas vezes os apenados ou presos não estejam acompanhados por um advogado contratado ou até mesmo um Defensor Público, o que acaba tornando temerária a legalidade das decisões tomadas no âmbito prisional.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nos primórdios da colonização do Brasil, o sistema penal encontrava-se, subsequentemente, aconselhado pelas ordenações Afonsinas², Manuelinas³ e Filipinas⁴. Sobre tais ordenações, apresentam Estefam e Gonçalves (2018, p. 106):

²Ordenações Afonsinas - coleção de leis destinada a regular a vida doméstica dos súditos do Reino de Portugal a partir de 1446, durante o reinado de D. Afonso V.

³ As *Ordenações Manuelinas* são três diferentes sistemas de preceitos jurídicos que compilaram a totalidade da legislação portuguesa, de 1512 ou 1513 a 1605.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

As Ordenações eram ainda o reflexo da legislação penal arcaica, a qual se valia em larguíssima escala de castigos cruéis (“Direito Penal do Terror”). Nesse contexto, a morte era a pena mais comum entre as sanções e, ao seu lado, as penas de caráter corporal (açoite, mutilações etc.).

Quanto ao surgimento das ordenações Afonsinas, sucintamente conceituam Estefam e Gonçalves (2018, p. 106) que “À época do descobrimento do Brasil, estavam em vigor as Ordenações Afonsinas ou Código Afonsino, cuja publicação ocorrera entre 1446 e 1447”. Mais tarde, em 1551, sobrevieram as Ordenações Manuelinas, que muito se parecia com a legislação revogada. Sobre estas, preceitua Zaffaroni (2003, p. 413):

[...] se limitam a recolher e incluir novas leis e pequenas alterações topológicas na disposição dos textos. Nas delegações e jurisdição penal que os soberanos portugueses fizeram, especialmente na primeira metade do século XVI, as autoridades colonizadoras, segundo um modelo com evidentes traços feudais, estavam sem dúvida presentes as estruturas burocráticas desempenhadas nas Ordenações (ouvidores, tabeliães, meirinhos etc.), porém na prática o poder punitivo era exercido desregulada e privadamente.

Outrossim, no que tange às Ordenações Filipinas, estas entraram em vigência no Brasil no ano de 1603, sob a então administração do Reino, e sua aplicabilidade persistiu até o ano de 1803. Conforme Maciel (2006) “As penas previstas nas Ordenações Filipinas eram consideradas severas e bastante variadas, destacando-se o perdimento e o confisco de bens, o desterro, o banimento, os açoites, morte atroz (esquartejamento) e morte natural (forca)”.

Quanto à implementação do sistema prisional do Brasil, este historicamente começou no século XVIII, mais precisamente no ano de 1769, por determinação da Carta Régia⁵, que em seu texto determinava a construção da Casa de Detenção, considerado o primeiro presídio no Brasil. *In vide*:

Sendo-me presente os muitos indivíduos de um, e outro sexo, que grassam nessa Cidade, e que pela sua ociosidade se acham existentes em uma vida licenciosa pervertendo com o seu mau exemplo aos bons: e considerando eu, o quanto seja indispensavelmente necessária uma providência, que evite os males que daqui se seguem, a que por serviço de Deus, e do bem público devo ocorrer. Sou servido façais praticar nessa Cidade o estabelecimento das calcetas e Casa de Correção para os homens, e mulheres, que se acharem nos referidos termos, e na conformidade do que se observam nesta Corte pelos meus reais decretos, de que serão com estas as

⁴Ordenações Filipinas resultaram da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), ao Código Manuelino, durante o período da União Ibérica.

⁵Carta Régia de 8 de Julho de 1769, dirigida ao marquês do Lavradio mandou criar na cidade do Rio de Janeiro uma casa de correção destinada a receber homens e mulheres considerados ociosos e desordeiros pelas autoridades coloniais.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

cópias; esperando eu com esta providência se evitem as perniciosas consequências, que se seguem das ditas gentes e se contenham estas em menos desordem com o medo do castigo.

No ano de 1821, o governo apresentou sua primeira preocupação com a pena de prisão, que foi marcada por meio do Decreto de 23 de maio de 1821⁶, que assim estabelecia:

Ordeno em quarto lugar que, em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas, e nunca para adoecer e flagellar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grillhões, e outros quesquer ferros inventados para martyrisar homens ainda não julgados a soffrer qualquer pena afflictiva por sentença final; entendendo-se todavia que os Juizes, e Magistrados Criminaes poderão conservar por algum tempo, em casos gravissimos, incomunicaveis os delinquentes, contanto que seja e casa arejadas e commodas, e nunca manietados, ou soffrendo qualquer especie de tormento.

Outra importante mudança no cenário prisional se deu após a Proclamação da Independência, onde ocorreu a necessidade de se fundar um novo ordenamento jurídico. Assim, em 25 de março de 1824, ocorreu a outorga da 1ª Constituição do país, a Constituição de 1824⁷, que aboliu a pena de açoites, torturas e outras penas consideradas cruéis⁸. Ademais, a Constituição de 1824 preceituou a comutação da legislação aplicada pelo Reino (Ordenações Filipinas), concedendo espaço ao Código Criminal de 1830⁹, pelo qual ocorreu o nascimento da pena de prisão, bem como o desejo da reforma moral do condenado através dos regimes prisionais.

Acerca de tais acontecimentos, cabe salientar que foi após a chegada da família real portuguesa (1808) e ulterior independência do Brasil que as penas brasileiras tiveram uma notória e promissora evolução. Corroborando neste entendimento, apresentam Maia, Neto, *et al.* (2009, p. 6):

Após a chegada da família real portuguesa, em 1808, e subsequente independência, reformas trouxeram ideias liberais sobre o processo legal e o império da lei para o sistema de Justiça criminal do país, procurando abolir certos tipos de punição associados ao caráter bárbaro e retrógrado do sistema colonial. Um novo código criminal e a legislação correspondente limitaram o poder arbitrário da polícia e tentaram implementar uma nova concepção de punição estatal que tinha por objetivo final a reintegração do criminoso recuperado à sociedade.

⁶Decreto de 23 de maio de 1821 - Dá providencias para garantia da liberdade individual.

⁷A *Constituição* do Império do Brasil (oficialmente denominada *Constituição Política do Império do Brasil*) de 1824 *foi* primeira *constituição* brasileira.

⁸Constituição de 1824, inciso XIX - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

⁹O *Código Criminal de 1830* foi o primeiro código penal brasileiro, sancionado poucos meses antes da abdicação de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Após a Proclamação da República, em 11 de outubro de 1889¹⁰, as leis disciplinadas pelo Código Criminal de 1830 se tornaram inadequadas para a nova realidade da época. Assim, por meio do decreto de 11 de outubro de 1890¹¹, que mais tarde tornou-se lei, foi aprovado o novo Código Penal, que passou a adotar o sistema progressivo e acabou com a pena de morte, dando início a um regime penitenciário que tinha como objetivo o de caráter correcional. No que concerne à abolição da pena de morte, Bitencourt (2017, p. 42) elucida que “A pena de morte cairá em desprestígio e não respondia mais aos anseios da justiça. [...] A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz de controle social”.

Sobre o referido Código de 1890, preceituam Engbruch e Di Santis (2016):

Em 1890, o novo Código Penal aboliu as penas de morte, penas perpétuas, açoite e as galés e previa quatro tipos de prisão: célula; reclusão em “fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares”, destinada aos crimes políticos; prisão com trabalho que era “cumprida em penitenciárias agrícolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares; e disciplinar, cumprida em estabelecimentos especiais para menores de 21 anos. Uma inovação desse Código foi estabelecer limite de 30 anos para as penas.

Entretanto, a celeridade na concepção do novo Código Penal de 1890 fez com que surgissem diversos vícios de natureza técnica, fazendo com que perdesse predominância e aplicabilidade. Conforme apresenta Bittencourt (2020, p. 223):

Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história; ignorou completamente “os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli. O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo”. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição.

Destarte, buscando sanar esta adversidade, o Poder Executivo realizou a criação de um novo Código Penal, o qual foi promulgado em 7 de dezembro de 1940¹², vigente até os dias atuais e,

¹⁰ A Proclamação da República no Brasil ocorreu dia 15 de novembro de 1889 e foi assinada pelo primeiro presidente do país, Marechal Deodoro da Fonseca (1827-1892).

¹¹ Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 - Promulga o Código Penal.

¹² Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - *CÓDIGO PENAL*.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

conforme apresenta o seu artigo 32¹³, a principal sanção imposta ao condenado é a pena privativa de liberdade. Outrossim, cabe mencionar que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁴, foram introduzidas no art. 5º numerosas garantias para o preso, além de subsequentes tratados internacionais que o Brasil participou e que detêm grau constitucional.

Assim, percebe-se que após um período de bárbaros castigos impostos aos praticantes de atos delituosos, a pena de prisão passou por uma notória evolução, passando a ter como principal desiderato, além da retribuição e prevenção, a ressocialização e reeducação dos apenados, possibilitando assim a reintegração destes à sociedade.

3 LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEI Nº 7.210/1984

A Lei de Execução Penal¹⁵ (LEP) foi sancionada no dia 11 de julho de 1984, pelo então Presidente da República, João Figueiredo. Trata-se de uma lei federal que tem como objetivos organizar os regimes prisionais fechado, semiaberto e aberto, disciplinar sobre os direitos e deveres do preso, bem como, conforme dispõe seu artigo 1º: “[...] efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Sobre sua criação, apresenta o Supremo Tribunal Federal (STF, 2010):

Mas, além do CPP, havia a necessidade de uma lei de execução que complementasse as duas normas anteriores garantindo a eficácia da aplicação penal no caso das sentenças condenatórias. Com esse objetivo foi criada a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). A LEP disciplina e classifica a internação do condenado nos regimes prisionais fechado, semiaberto e aberto. Também estabelece a prestação de assistência aos condenados, seus deveres e direitos, a progressão de regime, graça, anistia e indulto, além do juízo de execução.

Essa tríade – Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal –, em resumo, complementam-se para formar a legislação penal vigente hoje no Brasil. Pouco a pouco essas leis estão sendo aprimoradas para acompanhar os avanços das relações humanas em sociedade e a progressão do conhecimento contemporâneo.

¹³Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro de 1988, é a lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico.

¹⁵Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Institui a Lei de Execução Penal.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Ademais, nessa linha, cabe mencionar que o cumprimento da pena ocorre efetivamente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que o condenado é encaminhado para o estabelecimento penal equivalente ao delito que cometeu.

No entendimento de Nogueira (1996, p. 3):

A execução é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem a qual haja a respectiva execução da pena imposta. Daí o objetivo da execução penal, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado.

Já no que concerne ao objetivo de reintegrar o apenado ao convívio social, exhibe Marcão (2015, p. 29):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adota a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Desta forma, conforme se identifica, além de dar verdadeira existência à sanção penal, a reintegração social do condenado à sociedade é um dos principais propósitos da Lei de Execução Penal. Portanto, compreende-se que a execução penal não se baliza somente ao cumprimento da pena, mas também no desejo de promover ao condenado assistências para que o seu retorno à sociedade seja de maneira harmônica, sendo essas assistências, conforme determina o artigo 10 da LEP, de responsabilidade do Estado e prestadas na forma da Lei, tornando-se um meio de se prevenir a reincidência de crimes e proporcionar a sua integral recuperação. Conforme elucida o artigo 11 da LEP, a assistência ao condenado será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Além disso, cabe ressaltar que a LEP adota o sistema progressivo (artigo 33, § 2º, do Código Penal Brasileiro), que se encontra disciplinado no seu artigo 112. Este sistema progressivo ajuda na preparação do apenado para o seu retorno no convívio social, uma vez que progressivamente vai diminuindo a rigorosidade do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Corroborando o exposto acima, preceitua Masson (2019, p. 812):

No Brasil, o Código Penal e a Lei de Execução Penal adotaram o sistema progressivo ou inglês. De fato, o art. 33, § 2.º, do Código Penal diz que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva”. E o art. 112

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

da Lei de Execução Penal preceitua que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso”. [...] A progressão de regime prisional integra a individualização da pena, em sua fase executória, e destina-se ao cumprimento de sua finalidade de prevenção especial, mediante a busca da preparação do condenado para a sua reinserção na sociedade.

Outrossim, importante ressaltar que, para que o preso possa retornar à sociedade, conforme nova redação dada à LEP em 2019¹⁶, fundamental o cumprimento de 16% (dezesseis por cento) da pena se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; 20% (vinte por cento) da pena se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; 25% (vinte e cinco por cento) da pena se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; 30% (trinta por cento) da pena se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; 40% (quarenta por cento) da pena se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado - se for primário, e 50% (cinquenta por cento) da pena se o apenado for: condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada. Ainda, é disposto que o preso deve cumprir 60% (sessenta por cento) da pena se for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado ou 70% (setenta por cento) da pena se for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (artigo 112 – LEP).

Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão, bem como a decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes (artigo 112, § 1º, § 2º - LEP)

Ademais, cumpre frisar que no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime

¹⁶ Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

são, cumulativamente, os presentes nos incisos I, II, III, VI e V do § 3º do mencionado artigo 112, quais sejam: não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento e não ter integrado organização criminosa.

Já no que diz respeito à regressão de regime prisional do apenado, essa ocorre quando o preso, durante sua execução penal, cometer falta grave ou fato tipificado como crime doloso; sofrer condenação por crime anterior, onde a pena, somada ao restante da cumprida em execução, torne inadmissível o regime (artigo 111 - LEP) ou quando prejudicar os fins da execução ou não adimplir, podendo, a multa conjuntamente estabelecida (artigo 118 - LEP).

Quanto aos direitos inerentes do preso, estes se encontram previstos no artigo 38¹⁷ do Código Penal e elencados no art. 41 da Lei de Execução Penal.

Sobre os referidos direitos, apresentam Estefam e Gonçalves (2018, p. 812/813):

Por sua vez, o art. 41 da Lei das Execuções Penais estabelece que constituem direitos do preso: a) alimentação e vestuário; b) trabalho remunerado; c) previdência social; d) proporcionalidade na distribuição do tempo entre trabalho, descanso e recreação; e) exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, que sejam compatíveis com a execução da pena; f) assistência material à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; g) proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; h) entrevista pessoal e reservada com seu advogado; i) visita do cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias determinados; j) ser chamado pelo nome; k) igualdade de tratamento com outros presos, salvo quanto às peculiaridades da pena; l) ser ouvido pelo diretor do estabelecimento; m) representar e peticionar a qualquer autoridade, em defesa de seu direito (o preso pode, por exemplo, solicitar benefícios pessoalmente, por meio de carta, ao juiz das execuções); n) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, leitura ou outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; o) receber atestado de pena a cumprir, emitido anualmente (sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente).

Por outro lado, no que tange aos deveres do apenado, cumpre a este, além das obrigações legais inerentes a seu estado, submeter-se às normas de execução da pena (art. 38-LEP). Os deveres do condenado, por sua vez, estão previstos no art. 39da Lei de Execução

¹⁷Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Penal, onde temos o comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; submissão à sanção disciplinar imposta; indenização à vítima ou aos seus sucessores; indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho, entre outros.

Assim, destaca-se que o preso enquanto no decurso do cumprimento de sua pena, deve se submeter aos deveres impostos ao seu atual momento, os quais representam um código de postura aplicado ao condenado diante da Administração Penitenciária e do Estado.

3.1. Faltas Disciplinares

Ainda quanto aos deveres do detento, a Lei de Execução Penal dispõe no seu artigo 39, inciso I, como primeira obrigação a disciplina prisional, importante para a manutenção da ordem e harmonia entre as pessoas que cumprem penas e as que trabalham na prisão (art. 44, *caput* - LEP). Ademais, a lei denota que o condenado ou denunciado, logo no início da execução da pena ou prisão, será informado das normas disciplinares (art. 46 - LEP).

Assim, buscando impor o dever do condenado com o sustento disciplinar, a LEP apresenta no seu artigo 49 as classificações das faltas disciplinares – leves, médias e graves, destacando que as faltas leves e médias serão classificadas pela legislação local, bem como suas específicas sanções. Destarte, verifica-se que a falta disciplinar está prevista na LEP ou no regimento interno dos presídios, ou seja, o que é considerado falta leve e média está previsto no regimento e as graves na Lei de Execução Penal.

Outrossim, importante mencionar que a existência de tais faltas disciplinares são impostas justamente pelo fato de que as pessoas presas têm deveres que devem ser respeitados, sendo que, uma vez violados, o infrator ficará sujeito a uma sanção. Quanto às sanções disciplinares apresentadas pela LEP, previstas no seu artigo 53, cabe salientar que, para que estas possam ser aplicadas, deve-se levar em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato ocorrido, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, conforme preceitua o artigo 57 do referido diploma legal. Além disso, só pode ser aplicada e

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

executada a sanção anteriormente cominada para o fato, conforme disciplina o caput do art. 45 da LEP.

Dentre as mencionadas faltas do artigo 49, destaca-se a falta tipificada como grave, esta prevista nos artigos 50, 51 e 52 da LEP, que transporta consigo efeitos execráveis para o recluso, como é o caso da perda dos dias remidos (Súmula Vinculante n. 9 – STF¹⁸), a regressão de regime, bem como poderá ensejar, durante a execução da pena privativa de liberdade, a interrupção da contagem do prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente (artigo 112, § 6º - LEP). Ademais, seu cometimento pode ocasionar a aplicação das sanções previstas nos incisos III a V do artigo 53, conforme dispõe o artigo 57, parágrafo único da LEP.

Cabe ressaltar que às faltas disciplinares de natureza grave previstas no artigo 50 são taxativas, portanto, não pode sofrer ampliação, muito menos inovação. Entretanto, poderá o Magistrado desclassificar uma conduta inicialmente prevista como ensejadora de falta grave.

Assim preceitua Marcão (2019, p. 85):

É de se observar, entretanto, que “o tão só fato de o Conselho Disciplinar, ao decidir sobre determinada conduta de sentenciado, qualifica-la de grave, não impede que o Juiz, com base na Lei de Execução Penal, entenda de modo diferente, pois o Magistrado não está vinculado à classificação feita pela Administração Penitenciária”

Nesse sentido, pode-se dizer que a disciplina do apenado são elementos formadores do seu mérito, sendo que, uma vez violado esse dever e cometida uma falta disciplinar, esta só poderá ser efetivamente considerada após sua apuração por meio de um procedimento legal, onde lhe sejam assegurados os direitos a ele pertencentes.

3.1.1 Processo Administrativo Disciplinar – PAD

Além de seguir o que preceitua o já mencionado artigo 57, as sanções disciplinares somente serão aplicadas após a devida instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), determinação imposta pelo artigo 59 da Lei de Execução Penal e garantida pelo artigo 5º, inciso LIV, da CF, onde se busca o devido processo legal e a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente nos casos em que há o cometimento de falta

¹⁸ Súmula Vinculante 9 - Supremo Tribunal Federal - Sessão Plenária de 12/06/2008.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

disciplinar grave. Ratificando a presença de tais garantias no campo da execução penal, preceitua Marcão (2019, p. 275) que “Não se admite, por conseguinte, perda ou redução de direitos sem que sejam observados tais princípios, absolutamente irrenunciáveis no Estado Democrático de Direito. Eventual decisão violadora de tais dogmas estará fulminada de nulidade”.

Quanto ao poder disciplinar, este será exercido pela autoridade administrativa à qual está submetido o apenado, conforme preceitua os artigos 47 e 48 da Lei de Execução Penal. Assim, a instauração do PAD, bem como a aplicação das devidas sanções disciplinares, serão realizadas pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução os casos de falta tipificada como grave, conforme estabelece o [parágrafo único](#) do art. [48](#) da LEP.

A corroborar o exposto acima, insta apresentar o que preceitua o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2014):

Ao analisar a Lei [7.210/84](#) ([Lei de Execução Penal](#)), Bellizze observou que é atribuição do diretor do presídio apurar a conduta do detento, verificar se a falta cometida é leve, média ou grave e estabelecer sanções administrativas (advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado).

O relator lembrou ainda que apenas no cometimento de faltas graves é que o diretor do presídio deverá comunicar ao juiz da vara de execuções penais, para que este decida a respeito das infrações que possam acarretar a regressão de regime, perda de benefícios, perda dos dias remidos ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Assim, deve o diretor do estabelecimento prisional averiguar a conduta realizada pelo apenado, identificando-a como falta leve, média ou grave, efetuar as devidas medidas sancionatórias que lhe compete e, uma vez constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, informar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que este delibere sobre as sanções que são de sua competência, não prejudicando aquelas já aplicadas pela autoridade administrativa, mas podendo efetuar um controle de legalidade dos atos e decisões proferidas - princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV). Salienta-se que o artigo 66 da LEP dispõe sobre a competência do juiz da execução.

40 ADVOGADO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DA LEP E A PROBLEMÁTICA TRAZIDA PELA SÚMULA VINCULANTE N. 5

Os direitos ao contraditório e à ampla defesa estão previstos na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no seu artigo 5º, inciso LV, o qual dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nessa esteira, a fim de relembrar o conceito das garantias em tela, apresenta-se o entendimento de Lopes Júnior (2019, p. 1133):

Contraditório, também chamado de audiência bilateral, é a soma da comunicação obrigatória com a reação possível. A parte, no processo judicial ou administrativo, tem o direito de ser comunicada de todos os atos processuais, em tempo hábil para que possa responder. Por sua vez, ampla defesa consiste na possibilidade de utilização de todos os meios legítimos e legais para que possa se defender de alegações contrárias e de refutar decisões judiciais adversas.

Já no que toca aos direitos previstos no supracitado inciso LV no âmbito da execução penal, estabelece Brito (2019, p. 79) que “A execução penal, como vimos, tem natureza jurisdicional e, portanto, recebe a influência completa do inciso em questão. Durante o processo de execução, sempre que necessário o condenado poderá apresentar provas e questionar as apresentadas”. Diante disso, observa-se que a inexistência destes princípios no Processo Administrativo Disciplinar, seja na esfera prisional ou em outro cenário, caracteriza uma afronta à Constituição Federal, fomentando, como já dito, uma nulidade no procedimento realizado.

Desse modo, em um primeiro momento, tem-se por óbvio o raciocínio de que deve haver o acompanhamento de um advogado ou defensor dativo no PAD. Além disso, à luz daquilo que estabelece a própria Lei de Execução Penal, deve-se destacar que o seu texto legisla que no processo administrativo disciplinar o preso investigado deverá ser assistido por Advogado ou Defensor Público - artigos 15, 16 e 83, §5º da LEP.

Todavia, é imprescindível trazer à baila que no dia 07 de maio de 2008, julgando o RE 434.059¹⁹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou por unanimidade a sua 5ª Súmula Vinculante, estabelecendo que “*A falta de defesa técnica por advogado no processo*

¹⁹Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 434059 DF.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Ademais, menciona-se que a redação dada por essa súmula vinculante acabou indo em sentido diametralmente oposto ao verbete expresso da Súmula nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça (DJ 21.09.2007)²⁰, que por sua vez estabelece que “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Conforme voto do rel. min. Gilmar Mendes no RE em questão:

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração aos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da CF/1988 (...). Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar (...). Ressalta-se que, mesmo em determinados processos judiciais – como no *habeas corpus*, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais -, esta corte assentou a possibilidade de dispensa da presença do advogado. (...) Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF/1988 não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas.

Por essa e outras razões, dentro de uma órbita de lastras divergências, esse entendimento dado pelo Guardião da Constituição foi objeto de diversas críticas, inclusive sendo alvo de uma proposta advinda do Conselho Federal da OAB, pela qual era solicitado o cancelamento da Súmula Vinculante 5. Conforme denota Lenza (2019, p. 1604):

Tendo em vista que a SV 5 foi editada no ano de 2008, 3 anos depois, o Conselho Federal da OAB instaurou no STF proposta de cancelamento da referida súmula vinculante (PSV 58). Em 30.11.2016, a Corte, por 6 x 5, rejeitou tal proposta de cancelamento — e observem o placar extremamente apertado, lembrando a necessidade de no mínimo 8 (2/3 dos Ministros) para o cancelamento do verbete!

Desta maneira, uma vez não logrando êxito a proposta do CFOAB, ficou mantida a SV 5, enquanto a Súmula 343 do STJ restou prejudicada, ou seja, apesar de não ter sido formalmente cancelada, ela não possui mais aplicação. Assim, ante tais acontecimentos, trazendo para a área penitenciária, criou-se uma problemática evidente, uma vez que muito foi e vem sendo questionada a presença do advogado nos Processos Administrativos Disciplinares em sede de execução penal.

²⁰ Terceira Seção, em 12.09.2007. DJ 21.09.2007, p. 334.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Contudo, quanto à problemática exposta, fundamental se faz demonstrar que, ao julgar a RCL 9.339²¹ (2014), a qual visava cassar um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo²² que manteve válida uma sindicância aberta para apurar falta grave atribuída a um apenado - sem o acompanhamento de um advogado, o ministro Marco Aurélio firmou que os precedentes que fomentaram à edição da Súmula Vinculante 5 não se correlacionam com o processo disciplinar estabelecido na Lei de Execução Penal. Concluiu o ministro que o TJ-SP, ao compreender dispensável a presença de advogado em sindicância direcionada à apuração de falta grave cometida por preso, observou de modo impróprio o verbete.

Nas palavras do rel. min. Marco Aurélio:

Verifico, a partir da leitura do ato impugnado, haver o Órgão reclamado provido agravo em execução interposto pelo Ministério Público, por entender dispensável a presença de advogado em sindicância direcionada à apuração de falta grave cometida por certo apenado. Fê-lo mediante expressa menção ao Verbetes Vinculante nº 5 da Súmula do Tribunal, ficando evidenciada, portanto, a impropriedade da observância do aludido enunciado. A análise dos precedentes que deram ensejo à edição do verbeito revela não se fazer ligado ao processo disciplinar estabelecido na Lei de Execução Penal.

Desta maneira, frisa-se que (Brito, 2019, p. 80) “o próprio STF tem posição em sentido contrário quando se tratar de procedimento administrativo relacionado com o preso (provisório ou definitivo), ou seja, a Súmula Vinculante 5 não se aplica ao preso”. Isso ocorre, conforme se extrai de diversas decisões, pelo fato de que a faculdade de defesa técnica no PAD abrange apenas os SERVIDORES PÚBLICOS, visto que na época do surgimento da SV 5, consoante se vê no bojo do RE 434.059, entenderam os ministros que no no PAD a participação do causídico é uma faculdade que o servidor público dispõe, opção essa que é dada pelo próprio Estatuto dos Servidores Públicos - Lei 8.112/90 - artigo 156²³.

Ademais, corroborando com o exposto, demonstra-se que esse entendimento também já foi adotado no âmbito da jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. FALTA GRAVE. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA PRISÃO DOMICILIAR.

²¹STF - Rcl: 9339 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 5 de setembro de 2014.

²²acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo em Execução Penal nº 990.09.111051-5, da Comarca de Marília.

²³Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DOS CONECTÁRIOS LEGAIS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Preliminar. Nulidade da decisão. De acordo com o que preceitua o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Súmula vinculante de n. 5 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Entendimento de que **a referida súmula incide nos procedimentos nos quais responde servidor público, e não naqueles instaurados para apurar incidentes na execução da pena**, motivo pelo qual não se aplica ao caso dos autos. Diante da inércia da defesa constituída, a apenada não foi intimada a constituir novo procurador ou indicar seu interesse em ser representada pela Defensoria Pública, ferindo o princípio da ampla defesa, visto que a falta grave foi reconhecida judicialmente sem que fosse oportunizada apresentação de defesa técnica, mostrando-se impositivo o reconhecimento da nulidade da decisão recorrida. PRELIMINAR ACOLHIDA. MÉRITO PREJUDICADO. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA DECLARADA. FALTA GRAVE E CONECTÁRIOS LEGAIS AFASTADOS. (Agravo, Nº 70075126375, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 30-11-2017) (grifou-se)

Nesse diapasão, ainda como forma de demonstrar que a figura do advogado deve fazer presente no PAD emanado de execução penal, apresenta o STJ:

Súmula 533²⁴: 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.** (grifou-se)

Tese(2019)²⁵: No processo administrativo disciplinar que apura a prática de falta grave, não há obrigatoriedade de que o interrogatório do sentenciado seja o último ato da instrução, bastando que sejam respeitados o contraditório e a ampla defesa, e que **um defensor esteja presente.** (grifou-se)

Assim, por todo o exposto, visualiza-se que é cristalino o entendimento de que não podem os tribunais se utilizarem da Súmula Vinculante n. 5 para desrespeitarem a presença da defesa técnica, seja por Advogado ou Defensor Público, no Processo Administrativo Disciplinar na execução penal. Tal assistência visa impedir que ocorram falhas durante a

²⁴ STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015.

²⁵ Julgados: HC 483451/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019; AgRg no HC 369712/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018. HC 501569/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 01/08/2019, publicado em 02/08/2019.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

execução do PAD, bem como garantir o cumprimento dos já mencionados princípios norteadores deste procedimento -devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

CONCLUSÃO

As penas no decorrer da história brasileira sofreram inúmeras modificações, exercendo funções distintas em cada época de aplicação e tendo influenciado diretamente na formação da sociedade. Além disso, com o surgimento das prisões, estabelecimentos próprios para que os apenados pudessem cumprir suas penas de modo com que se arrependessem dos seus atos criminosos e conseguissem ser reeducados para voltar a conviver em sociedade, houve o surgimento de inúmeras leis voltadas sobre o sistema carcerário, objetivando garantir uma melhor e mais eficaz fase executória. Dentre essas leis, destaca-se a Lei 7.2010/1984 – Lei de Execução Penal, a qual, além de tratar sobre várias questões pertinentes no campo penitenciário, regulou a disciplina carcerária e fez com que esse comportamento se tornasse um dos principais pilares no âmbito prisional, induzindo plenamente o modo e o tempo em que o preso estará privado de sua liberdade. Outrossim, cabe salientar que uma vez sendo desrespeitada essa disciplina durante a execução da pena, ocasionando o reconhecimento das chamadas faltas disciplinares, tal conduta traz consigo reflexos execráveis ao preso.

No que concerne às faltas disciplinares, denota-se no decorrer do texto que a Lei de Execução Penal estabelece que para a apuração e punição dessas faltas será feito o uso do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), no qual, em observância à própria LEP e em respeito ao que dispõe nossa Carta Maior, deve haver a presença do Advogado.

Porém, a problemática surge quando o Supremo Tribunal Federal entende que a falta do causídico no procedimento administrativo disciplinar não vai contra a Constituição Federal, o que acabou desencadeando a não participação desse profissional no procedimento administrativo realizado em sede de execução penal, conforme se extrai em decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Inclusive, conforma já apresentado, todo esse cenário criado pela Suprema Corte fez com que a Súmula 343 do STJ restasse prejudicada, não tendo mais os poderes necessários para a sua aplicação, o que tornou ainda mais dúbia a participação do advogado no PAD dos presídios e, conseqüentemente, contestável as decisões e punições aplicadas ao apenado, uma vez que se abriria margem para uma atuação mais severa por parte do julgador.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Entretanto, através da interpretação doutrinária e principalmente jurisprudencial, em especial a RCL 9.339, demonstra-se que realmente ocorreu aplicação inadequada do Verbete Vinculante nº 5 quanto aos procedimentos de sindicância instaurados por estabelecimento prisional para apuração de falta disciplinar, uma vez que a ausência de defesa técnica por advogado no procedimento administrativo somente não ofende a Constituição quando se tratar de funcionário público, não de apenado durante a execução de sua pena.

Assim, conclui-se que deve sempre ser oportunizado, sem qualquer obstáculo resultante da SV n. 5, a participação do advogado no Processo Administrativo Disciplinar da Lei de Execução Penal, visto que a falta de uma assistência jurídica ocasiona, na realidade fática, uma ineficácia no tocante a proteção dos direitos do preso, sendo que a atuação da defesa técnica, mesmo sendo dever do Estado a ser prestado pela Defensoria Pública, muitas vezes não é suficiente para garantir a proteção dos apenados.

REFERÊNCIAS

ARQUIVO NACIONAL E A HISTÓRIA LUSO-BRASILEIRA. Casa de Correção. Disponível em: <http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2227&sid=166>. Acesso em: 05mar de 2020.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil - CARTA DE LEI DE 25 DE MARÇO DE 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 08 mar 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10mar 2020.

_____. **Decreto de 23 de maio de 1821 -** Dá providências para garantia da liberdade individual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acesso em: 18marc 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25mar 2020.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890** (Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 02 abr 2020.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830** - Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 05 abr 2020.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acessado em: 09 abr 2020.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 70 anos do Código Penal: Tríade de normas que regem convívio em sociedade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=167638&tip=U>. Acesso em: 18 abr 2020.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Reclamação - Rcl 9339 SP – São Paulo, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/09/2014, Data de Publicação: DJe-182 DIVULG 18/09/2014 PUBLIC 19/09/2014). Acesso em 20 abr 2020.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Recurso Extraordinário - RE 434059 DF – Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 07/05/2008, Data da Publicação: 12/09/2008. Acesso em 20 abr 2020.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. PAD é obrigatório para reconhecimento de falta grave no curso da execução penal. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112147962/pad-e-obrigatorio-para-reconhecimento-de-falta-grave-no-curso-da-execucao-penal>. Acesso em: 21 abr 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Cezar Roberto. **Coleção Tratado de Direito Penal volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. - 5 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ENGBRUCH, Werner & DI SANTIS, Bruno Moraes. **A origem do sistema penitenciário**. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WYNalITyvIV>. Acesso em: 10abr 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas - considerável influência no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em: 02mar 2020.

MAIA, Clarisse; NETO, Flávio; COSTA, Marcos & BRETAS, Marcos. **História das prisões no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Renato. **Curso de Execução Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo, Nº 70075126375, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 30-11-2017, Publicado em: 29-01-2018. Acesso em: 07 abr 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.