

## Proposta de Tese

**Nome:** Alexandre Gonçalves Kassama

**Área de Atuação:** Execução Penal – Curitiba

**Lotação:** 9ª Defensoria Pública de Curitiba

**E-mail:** [alexandre.kassama@defensoria.pr.def.br](mailto:alexandre.kassama@defensoria.pr.def.br)

**Súmula:** O juízo da execução penal não pode determinar a instauração de procedimento administrativo disciplinar, sendo o exercício do poder disciplinar discricionário por parte da autoridade administrativa.

**Assunto:** Processo penal e Execução Penal

**Fundamentação Jurídica:** O início do procedimento de apuração de falta disciplinar na execução penal, sobretudo daquelas de natureza grave, se dá com a instauração de um procedimento administrativo disciplinar, o que foi reforçado pela Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesses termos, em analogia ao processo de conhecimento, é inviável que o próprio órgão julgador seja responsável pela superação da inércia referente a tal fato.

**Ora, é mais do que claro que, ao assim agir, o juízo se imiscui na esfera administrativa, determinando a feitura de procedimento até então inexistente, com o único fito de analisar a falta que será homologada por ele próprio, sem, contudo, respeitar o devido processo legal.**

**O juízo que procura, sabe o que quer encontrar.**

Nesses termos, desde logo pode se vislumbrar o ranço de processo inquisitivo na execução, uma vez que os fatos apurados em sede de execução são corriqueiramente verificados *ex officio* pelo juízo, como se, a partir de uma primeira condenação, nenhuma outra garantia processual se aplicasse aos sentenciados.

Para além da própria imparcialidade judicial – que fica prejudicada quando é o juízo o primeiro a determinar a apuração de qualquer feito que venha a incidir de forma negativa na liberdade de um cidadão – o desenvolvimento processual nos moldes atuais acaba por dar margem a anomalias insanáveis no curso do processo.

Ressalte-se que a impossibilidade de se ver a apuração iniciada *ex officio* se torna

ainda mais nítida quando ausente qualquer exercício de poder disciplinar prévio até a determinação expressa do próprio juiz.

Ora, o sistema acusatório e a presunção de inocência, garantidos pela Constituição e por instrumentos normativos internacionais, impedem que a apuração se dê a partir de um ato do juízo intimando a defesa e a autoridade administrativa, como se, desde logo, houvesse uma “suspeita” a ser apurada.

**Tal procedimento pode dar azo, inclusive, à suspeição do magistrado! Se há a intimação para que a autoridade administrativa proceda à apuração de falta grave apontada pelo juízo, a qual, contudo, não havia sido previamente apurada administrativamente, tem-se desde logo a “suspeita” de uma infração, ao menos de uma possível irregularidade, e se a autoridade administrativa ainda não delimitou tal irregularidade, a suspeita só pode ter sido exarada do próprio juiz! E um juiz que se manifesta de forma anterior ao julgamento do fato, ainda que por meios indiretos que permitam a ilação de sua possível inclinação, não mais é um juiz imparcial.**

O procedimento **judicial** pode ter início de ofício, segundo a Lei de Execução Penal. Ocorre que **procedimento judicial não se confunde com procedimento administrativo!**

A mesma lei que determina, em seu artigo 195 a realização do procedimento judicial de ofício, determina, em seus artigos 54, 59 e 60 a competência do diretor do presídio, ou “*autoridade administrativa*”, para a apuração disciplinar. E, como bem se sabe, o disciplinar não se confunde com o judicial, sendo, este, aliás, um dos fundamentos da súmula 533 que trouxe a anulação da decisão anteriormente proferida.

Ocorre que se um juiz imparcial não se confunde com juiz omissor, o juiz imparcial, igualmente, não se confunde com o juiz investigador, o qual, ao tomar conhecimento da não instauração de procedimento, determina sua realização para que possa, enfim, homologar a falta.

Ao assim proceder, o juízo não é meramente “não omissor”, mas, antes, é efetivamente ativo na produção de provas **na fase preliminar – e não judicial!**

A situação em tudo se assemelha àquela vivida quando da previsão da antiga lei do crime organizado, a qual previa a possibilidade de diligência realizada pessoalmente pelo juiz.

Quanto a tal ato normativo, cabe lembrar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da ADIn 1570-2/DF:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDACADA, EM PARTE. ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DECIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.**

1. (...)
2. *Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.*
3. *Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VII e §2º; e 144, §1º, I e IV, e §4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.*

(grifo nosso)

Em outras palavras, a ADIn assentou exatamente o quanto ora alegado: ao juízo não cabe se imiscuir em atividades pré-processuais outorgadas a autoridades administrativas. De outra sorte, jamais poderia ser o juiz do caso, pois se tornaria absolutamente envolvido na matéria a ser julgada!

Não outro o fundamento do voto do relator Ministro Maurício Corrêa:

*“Quanto à alegação de que teria sido violado o princípio do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), observa-se que o artigo 3º da Lei 9034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique comprometido por idéias preconcebidas, pondo em risco a imparcialidade de sua decisão?!*

*Penso que não. Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade. (...) Outro não é o motivo pelo qual, tanto no Direito Penal quanto no Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é arguida. Pela mesma razão o artigo 424 do CPP determina se proceda ao desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador, virtude sem a qual nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito.*

(grifo nosso)

Vale dizer: o juízo poderia requisitar informações a respeito do procedimento administrativo eventualmente instaurado. Contudo, uma vez constatada a inexistência de procedimento administrativo instaurado, não pode o juízo requisitar a sua instauração com o fito único de legalizar sua decisão futura!

Ressalte-se que no artigo 66 da LEP, onde se situa a competência do juízo da Vara de Execuções, não se encontra, em nenhum dos incisos, a capacidade de requisitar a apuração de falta administrativa, a qual é, por sua vez, atribuída exclusivamente ao diretor ou órgão competente da unidade de cumprimento de pena.

Nunca é demais lembrar, outrossim, que no Direito Administrativo impera a estrita legalidade, de forma que aquilo que não é *expressamente previsto* é **proibido**. Ora, se não foi prevista outra autoridade competente para decidir sobre a instauração ou não do devido procedimento administrativo disciplinar, é claro que a sua determinação por autoridade não prevista macula todo o procedimento!

Enfim, quer se analise a conduta do juízo sob a ótica do devido processo judicial, onde se encontra ferida de morte sua imparcialidade, quer se analise sob a ótica do devido processo administrativo disciplinar, em que não foi respeitada a competência da autoridade prevista em lei, em ambos os casos, tem-se a total nulidade da decisão administrativa proferida.

**Fundamentação fática:** A súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça reforçou a autonomia do poder disciplinar a ser exercido em esfera administrativa, tendo em conta que é a autoridade presente no dia a dia do cumprimento de pena.

Nesse passo, ao estabelecer a inviabilidade da homologação de falta grave sem o prévio exercício do poder disciplinar, deu azo, contudo, à atuação judicial de ofício para que o procedimento administrativo seja realizado em conformidade com a súmula.

Inobstante, se o procedimento é realizado por mera determinação judicial, perde razão de ser o próprio verbete sumular, uma vez que a autoridade administrativa se torna vinculada à determinação judicial, de modo que se pode dizer que, em verdade, foi a própria autoridade judicial a responsável pelo procedimento.

**Sugestão de operacionalização:** Em todo processo de apuração de falta grave cujo procedimento disciplinar prévio tenha sido determinado pela autoridade judicial deve o Defensor arguir a nulidade da futura eventual decisão de homologação, tendo em vista a legalidade estrita no âmbito disciplinar, bem como a violação da imparcialidade objetiva do juízo.