



COMISSÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO PENAL DO COLÉGIO  
NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS – CEEP-CONDEGE

NOTA TÉCNICA 10

ASSUNTO: Dispositivos da Lei de Execução Penal – LEP que tipificam falta grave e impõem consequências pela prática de fato previsto como crime doloso violam a Constituição Federal.

EMENTA: A Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE entende ser patente a violação pela Súmula n. 526 do STJ dos princípios do devido processo adequado, presunção de inocência e segurança jurídica pelo que cabe o respectivo cancelamento até que se defina o entendimento do STF no RE 776823, ou mesmo em sede de ADPF, valendo dizer que o Defensor Público Arthur Corrêa da Silva Neto protocolou representação junto ao Procurador Geral da República sob o n. 00093061/2015, para fins de ingresso com a mencionada ação de controle concentrado, estando este último procedimento em tramitação.

ELABORAÇÃO: Arthur Corrêa da Silva Neto – Defensor Público do Estado do Pará

APROVAÇÃO: Unanimidade

ANO: 2015

Aprovada na I reunião da CEEP-CONDEGE realizada na cidade de Natal-RN no dia 26.06.2015.



NOTA Nº 010/2015/COMISSÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO PENAL DO COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS – CEEP-CONDEGE [1].

Assunto: Dispositivos da Lei de Execução Penal – LEP que tipificam falta grave e impõem consequências pela prática de fato previsto como crime doloso violam a Constituição Federal.

1. Trata-se de análise a luz da Constituição Federal de 1988, do art. 52, primeira parte, art. 118, I, primeira parte, c.c parágrafo 2º e 145, da LEP, os quais se entende violam os princípios constitucionais do devido processo adequado, da presunção de inocência e da segurança jurídica como se irá demonstrar.

2. Nesse contexto, o melhor entendimento é de ser declarado não recepcionada, a primeira parte do art. 52, a primeira parte do inciso I do art. 118, que é combinado com o parágrafo 2º, do mesmo dispositivo da LEP, porque incompatível com os preceitos fundamentais do devido processo adequado – direito subjetivo de qualquer brasileiro – da presunção de inocência e da segurança jurídica, bem assim pelos mesmos fundamentos se fixe interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 a respeito do art. 145 da LEP.

3. É a breve síntese.

#### I – Da Análise e Fundamentação nas ciências jurídicas e correlatas

4. No julgamento do dia 13.05.2015, publicado no diário de justiça eletrônico do dia 18.05.2015, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ aprovou o verbete sumular n. 526, o qual, de logo verifica-se está em confronto com os princípios constitucionais do devido processo adequado, da presunção de inocência e da segurança jurídica como se irá demonstrar.

5. A mencionada súmula n. 526, tem como enunciado:

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

6. Mister salientar, que a supramencionada matéria sumulada no STJ teve em 02.09.2014, no Supremo Tribunal Federal – STF, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, por unanimidade, no Recurso Extraordinário – RE 776823, reconhecida repercussão geral, para se discutir a necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso (artigo 52 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal).

7. Portanto, em que pese a mencionada súmula do Tribunal da Cidadania, o tema em questão não está pacificado, principalmente considerando que por afetar análise constitucional a última palavra será da Suprema Corte.

8. Como é cediço, o STJ tem seguido a premissa de se alinhar ao pensamento do STF seguindo o entendimento do pretório excelso, nessa perspectiva havendo a definição de posicionamento pela Suprema Corte em sentido contrário ao apontado pelo STJ este Tribunal normalmente reconsidera seu entendimento e passa a seguir nos termos delineados pelo STF.

9. Destarte, não se compreende o sentido de estando pendente de julgamento o RE 776823 que tramita sob o rito da repercussão geral de o STJ editar súmula em tema de ampla significação na execução penal e que tem claras matizes constitucionais, por conseguinte podendo ter direcionamento diverso.

10. Os dispositivos legais que interagem a interpretação jurisdicional é o art. 52, primeira parte, art. 118, I, primeira parte, c.c parágrafo 2º e 145, da LEP. Referidos dispositivos entende-se afrontarem a Constituição Federal de 1988, portanto, devem ser declarados não recepcionados, nesses termos não há como subsistir o enunciado sumular do STJ n. 526, recentemente editado.

11. Vejamos *in verbis* o texto dos supramencionados dispositivos:

Art. 52. **A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave** e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: [\(Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003\)](#)

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - **praticar fato definido como crime doloso** ou falta grave;

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, **o Juiz poderá ordenar a sua prisão**, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

12. Deflui-se da leitura dos enunciados normativos uma tentativa de burla a Constituição, haja vista que visa afastar o devido processo adequado para privação ou restrição de liberdade meramente se valendo de um trocadilho de palavras, na medida em que tão somente por constar no texto da lei “fato definido como crime doloso” e não “crime” quer se colocar ao largo todas as garantias constitucionais que um processo criminal possui para se permitir restringir a liberdade face uma decisão em um mero processo administrativo disciplinar apuratório de falta grave.

13. Nesse contexto, é que se entende tenha o verbete sumular . 526, do STJ incidido em violação ao Devido Processo adequado, ao princípio da presunção de inocência e da segurança jurídica como irá se demonstrar.

14. Ademais, os contornos de uma política criminal menos encarceradora e preocupada com a superlotação carcerária e os seus indesejáveis conseqüências deve passar a pautar as decisões jurisdicionais.

15. Nessa medida, o Judiciário deve também se atentar as conseqüências fáticas de suas decisões. Assim, no caso em tela, um julgamento mais consentâneo com essa lógica é o de concentrar a privação da liberdade apenas com o Juiz do processo penal de conhecimento, haja vista que fazer

diferente é fechar mais ainda as portas da saída do cárcere, potencializando o agravamento da crise carcerária.

### **Da Violação do Devido Processo Adequado**

16. O processo como mecanismo de igualdade entre os cidadãos tem por finalidade a resolução de situações da vida, do mundo do ser, que é posto como objeto de sua análise, a fim de se viabilizar a pacificação social.

17. Com efeito, o processo é instrumento, não se estabelecendo por si, o seu fim é servir ao direito material, na mesma perspectiva em que este o serve, em uma dinâmica cíclica que se retroalimenta, é dizer, o direito material também serve ao processo na medida em que norteia as suas linhas, a sua marcha direcionada a resolução do litígio existente, fazendo com que o processo assimile uma vertente de efetividade. Ademais, vale mencionar que o cidadão possui direito subjetivo ao devido processo efetivo, ou seja, aquele processo que se amolda a resolução da sua lide.

18. Mesmo os processualistas que normalmente são avessos ao afastamento da regra legal, tem aos poucos aderido a nova hermenêutica constitucional e nesse passo tem admitido a possibilidade de o direito material assente no caso concreto poder alterar ao que previsto na norma adjetiva.

19. Neste diapasão, consoante a doutrina contemporânea, direito processual e direito material estão amalgamados, assim o processo para que cumpra devidamente o seu papel, mister esteja consentâneo com as peculiaridades do direito material que o cerca.

20. Seguindo esse escólio Ricardo Maurício Freire [2] assinala:

(...)

Sendo assim, busca-se-á examinar como a aplicabilidade da cláusula principiológica do devido processo legal pressupõe a compreensão das seguintes tendências: o fenômeno da procedimentalização do direito, a passagem da legitimação pelo procedimento para a busca da legitimidade do procedimento; (...) e a indissociabilidade entre o direito material e o direito processual, ante a constatação de que o

processo se afigura como um instrumento ético-político, orientado por princípios constitucionais, que visa à realização do justo através da adequação às singularidades do direito em litígio.

21. Na mesma linha de raciocínio, vale destacar as lições de Pedro Scherer de Mello Aleixo [3], senão vejamos:

### **III. A atual transição da tutela jurisdicional à técnica processual**

No contexto da recíproca inserção sistemática verificada entre processo civil e a Constituição Federal brasileiros, tem-se atualmente assistido ao redimensionamento do instituto da tutela jurisdicional. Desponta, cada vez mais, sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana – premissa antropológico-cultural do Estado democrático de direito – na medida em que o objetivo final da tutela estatal não repousa, em última análise, na proteção de direitos, mas de homens, pois é na melhoria da qualidade de vida destes que o direito se empenha ..., já não se enfrenta no Brasil a temática da tutela jurisdicional como problema estrito do direito processual.

(...)

Não se pode perder de vista que o processo é, no sentido estreito da palavra, tão somente um meio de natureza auxiliar e que as formalidades processuais não podem ser perseguidas como fins em si mesmas.

Das considerações antecedentes avulta a necessidade de se conceberem técnicas processuais vocacionadas à efetiva tutela dos direitos materiais, já que processo e direito material devem andar com os mesmos passos, não se podendo conceber o instrumento sem o objeto, nem o objeto sem o instrumento para realiza-lo.

(...)

Cabe, assim, ao processualista não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos direitos fundamentais, mas sobretudo conformar as técnicas processuais adequadas à realização concreta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

### **IV. Derivação de um direito público subjetivo e justiciável à apropriada proteção processual**

O artigo 5º. Inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988 estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com outras palavras, o dispositivo constitucional em apreço consagra o direito fundamental de todos a uma prestação jurisdicional efetiva.

(...)

Partindo da premissa adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a todo direito fundamental material estão associados direitos procedimentais, pode-se chegar a conclusão de que o status de direito subjetivo dos direitos materiais repercute nos direitos processuais, de modo que estes últimos também devem ser considerados direitos subjetivos.

(...)

Impõe-se, assim, a conclusão provisória de que o legislador tem o dever de formatar técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito substancial. Diante do caráter lacunoso da legislação, o qual decorre da mera inatividade do legislador ou da impossibilidade de se abranger integralmente todas as constelações de fatos passíveis de serem disciplinadas juridicamente, deve o juiz conformar a regra processual de acordo com os direitos materiais subjacentes ao caso concreto. Ora, na atual quadra histórico-evolutiva, não pode o Judiciário se compadecer com uma interpretação que aponte para incapacidade de o processo atender aos reclamos do direito material. O juiz não está autorizado, enfim, a “cruzar os braços” diante da primeira insuficiência da lei processual.

22. Nessa senda é que se diz e se apregoa a necessidade de haver o devido processo adequado, o qual e pelo qual o processo deverá vestir o direito material como uma luva veste a mão de quem a usa.

23. Especificamente sobre a não recepção do art. 118, I, primeira parte, c.c parágrafo 2º, da Lei de Execução Penal, o que de igual modo pode-se aplicar ao previsto no art. 52, primeira parte e ao 145, da LEP, por violação ao devido processo adequado, já havia me manifestado no livro “Execução Penal: Novos Rumos, Novos Paradigmas”, escrito em conjunto com José Adaumir Arruda da Silva [4].

24. Desse modo, ofende a cláusula pétrea constitucional do devido processo adequado haver possibilidade de punição de privação de liberdade (regressão) decorrente de apuração de fato criminoso (direito material) sem ser pela via do devido processo penal de conhecimento.

### **Da Violação do Princípio da Presunção de Inocência**

25. Os arts. 52, primeira parte, 118, I, primeira parte, c.c parágrafo 2º e 145 da Lei de Execução Penal, violam o princípio da presunção de inocência, haja vista que por via obliqua permitem a decretação de privação de liberdade antes do trânsito de sentença penal condenatória, por juízo diverso do competente para o processamento do feito criminal de conhecimento.



26. Não é dado ao Estado condenar inocente, nem absolver culpado, por isso os aludidos dispositivos devem ser afastados do ordenamento jurídico pátrio.

27. É do dia a dia da execução da pena, situações fáticas na qual o apenado no âmbito da execução foi absolvido ou teve o regime restabelecido, mas que possivelmente continua no fechado por prisão preventiva decretada contra sua pessoa.

28. Todavia, a outras tantas situações em que o apenado teve prisão preventiva revogada e posterior absolvição no processo de conhecimento sendo na execução pelo mesmo fato regredido.

29. Como se observa, tratam-se de situações incabíveis as quais se espera sejam sanadas com a devida declaração de não recepção das normas em tela, algo que poderá se dá no julgamento do RE 776823 ou mesmo por meio do ingresso de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

30. Este tema à luz do aludido princípio já foi enfrentado pela Corte Estadual do Rio Grande do Sul no julgamento do **Agravo nº 70048984835**, Relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, julgado em 27 jun. 2012, publicado no DJ em 23 jul. 2012, no **Agravo nº 70041951088**, Relatora Genacéia da Silva Alberton, julgado em 30 nov. 2011, publicado no DJ em 14 dez. 2011, entre outros.

31. Desse modo, verifica-se com as decisões supramencionadas ser o tema do presente texto, algo que tem sido levado ao Poder Judiciário. Portanto, por mais uma razão é necessário a uniformização de entendimento pela mais alta corte da jurisdição pátria o STF.

### **Da Violação do Princípio da Segurança Jurídica**

32. A Constituição Federal de 1988 assimila como um de seus princípios a segurança jurídica, isto quer dizer que o Estado Brasileiro pauta-se por assegurar a estabilidade das relações jurídicas que são havidas em seu território.



33. Portanto, as normas presentes nos arts. 52, primeira parte, 118, I, primeira parte, c.c parágrafo 2º e 145 da LEP violam o aludido princípio na medida em que confere competência a juízos diversos decidirem acerca do mesmo fato pela constrição de liberdade ou não daquela pessoa sub judice.

34. O princípio em comento está imbricado ao que fora argumentado na própria exposição da ofensa aos princípios do devido processo adequado e da presunção de inocência, pois a não existência de apenas um único processo adequado ao direito material tutelado (apuração do crime) e a possibilidade de privação de liberdade por um juízo diverso do processo de conhecimento, o qual possui todo o arcabouço fático para decretação ou não da preventiva, violam a segurança jurídica, haja vista que há iminente possibilidade de divergência de decisões.

35. Ademais, salienta-se que o processo de apuração de falta grave mesmo com os incrementos trazidos pelo julgamento do REsp 1.378.557, não traz a baila uma contextualização por inteiro de um fato típico, por exemplo, do crime de homicídio, cuja competência constitucional para apuração é do Tribunal do Juri.

36. Neste contexto, não há nem que se argumentar para se buscar explicar a ocorrência em tela de apuração de fato por juízos diversos, quanto o que se permite de análise do mesmo fato por instâncias distintas, tais como a civil, administrativa e penal, tendo em vista que o procedimento de regressão tem cunho jurisdicional consoante os termos do art. 194, da LEP e o processo penal de conhecimento, igualmente, desenvolve-se no mesmo plano. Outrossim, ambas se consubstanciam em instâncias repressivas que podem no atual momento determinar a privação de liberdade.

37. Desse modo, repisa-se, no plano jurisdicional tramitam processos com sistemáticas diferentes, mas sobre o mesmo fato e podendo ensejar ambos constrição de liberdade.

38. Assim, espera-se ter demonstrado que a máxima da segurança jurídica se encontra afetada por essa possibilidade de análise dos mesmos fatos por juízos diferentes, sendo que a Constituição da República elencou apenas um único processo adequado para privar uma pessoa de liberdade, qual seja o processo penal de conhecimento.

## CONCLUSÃO

39. Diante do exposto, é patente a violação pela Súmula n. 526 do STJ dos princípios do devido processo adequado, presunção de inocência e segurança jurídica pelo que cabe o respectivo cancelamento até que se defina o entendimento do STF no RE 776823, ou mesmo em sede de ADPF, valendo dizer que este signatário protocolou representação junto ao Procurador Geral da República sob o n. 00093061/2015, para fins de ingresso com a mencionada ação de controle concentrado, estando este último procedimento em tramitação.

Natal-RN, 26 de junho de 2015.

Arthur Corrêa da Silva Neto  
Defensor Público do Estado do Pará  
Membro da CEEP-CONDEGE

[1] Nota Técnica fundamentada precipuamente em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico: Silva Neto, Arthur Corrêa da. Reconhecer falta de preso antes do trânsito em julgado viola Constituição. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2015-jun-20/arthur-correa-sumula-526-stj-ofende-constituicao-federal>>. Acesso em 26.06.2015.

[2] Freire, Ricardo Maurício. Devido Processo Legal: uma visão pós-moderna. Salvador: Podivm. 2008, p. 11.

[3] ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 417-435.

[4] Silva Neto, Arthur Corrêa da; Arruda da Silva, José Adaumir. Execução Penal: Novos Rumos, Novos Paradigmas. 1 ed. 2 tiragem rev. Manaus: Aufiero, 2012, p. 93-95.