



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 164.806 - SP (2010/0042277-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : **JOÃO BIFFE JÚNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)**  
**IMPETRADO** : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE** : **VAGNER APARECIDO DO NASCIMENTO (PRESO)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PAD. AUSÊNCIA DE DEFENSOR LEGALMENTE CONSTITUÍDO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A Sexta Turma deste Tribunal entende que – da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) – resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de adequado procedimento específico, qual seja, procedimento administrativo disciplinar, indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, a violar, portanto, o devido processo legal, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

2. Verificando-se que os depoimentos das testemunhas no procedimento administrativo disciplinar foram colhidos sem a necessária e inafastável presença de defesa técnica legalmente constituída – advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil –, resta evidente que foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau, que reconheceu a nulidade do procedimento administrativo disciplinar instaurado em desfavor do paciente, relativo à suposta prática de falta grave cometida em 13/9/2007, no curso da execução penal.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.  
Brasília, 12 de abril de 2012 (data do julgamento).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.806 - SP (2010/0042277-0)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Assistência Judiciária em favor de **Vagner Aparecido do Nascimento**, apontando como autoridade coatora a Oitava Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao Agravo em Execução Penal n. 990.08.124575-2, interposto pelo *Parquet*, a fim de anular a decisão que reconheceu a nulidade do procedimento administrativo disciplinar (PAD) instaurado para apuração de falta imputada ao paciente e, conseqüentemente, reconhecer o cometimento de falta grave com as conseqüências dela decorrentes, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o PAD instaurado em desfavor do apenado seria nulo, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o paciente e as testemunhas teriam sido ouvidos sem a presença de defesa técnica.

Considera que *o ideal é que ambos, defensor e acusado, acompanhem pessoalmente as oitivas, mas o mínimo aceitável em um Estado de Direito é que pelo menos um dos dois se faça presente durante a colheita de provas: ou o acusado, ou o defensor* (fl. 3).

Defende que seria inaplicável o enunciado da Súmula Vinculante 5/STF, uma vez que, no caso, nem o defensor nem o acusado teriam acompanhado a produção de prova oral.

Requeru, liminarmente e no mérito, a cassação do acórdão impugnado, reconhecendo-se a nulidade do PAD instaurado em desfavor do paciente e, conseqüentemente, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.806 - SP (2010/0042277-0)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Da análise dos autos, verifica-se que foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (PAD) em desfavor do paciente para a apuração de fato definido como falta grave, ocorrido em 13/9/2007. O Juiz singular da Vara das Execuções Criminais da comarca de Marília/SP **reconheceu a nulidade** da sindicância, em decisão assim fundamentada (fl. 46):

[...]

Conforme se verifica no procedimento disciplinar, os depoimentos das testemunhas não foram realizadas na presença de defensor, seja constituído ou nomeado, portanto não houve defesa técnica na sindicância instaurada para apurar a suposta falta cometida pelo sentenciado em 13/09/2007.

Em consequência, a sindicância é nula, por infração ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e 143 da Constituição Estadual.

O fato de ter, o sentenciado, se autodefendido no procedimento administrativo não elide a mácula da ausência do defensor técnico, pois só a presença atuante desse é que estará assegurando a paridade de argumentos entre a acusação e defesa.

Nesse sentido, a Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Em face do exposto, RECONHEÇO a nulidade da sindicância instaurada referente à falta cometida em 13/09/2007 imputada ao sentenciado VAGNER APARECIDO DO NASCIMENTO.

Inconformado, o Ministério Público estadual interpôs agravo em execução penal perante o Tribunal de origem, à qual foi dado provimento a fim de anular a decisão que reconheceu a nulidade do PAD instaurado em desfavor do paciente e, conseqüentemente, reconhecer o cometimento de falta grave com as conseqüências dela decorrentes, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções. O aresto combatido restou assim fundamentado (fls. 9/13):

O agravado cumpre pena de 22 anos de reclusão pela prática de crime furto e latrocínio, conforme se depreende da FAVEC juntada aos autos a fls.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44/55.

Com efeito, foi instaurado procedimento administrativo para apuração da ocorrência de ofensa verbal e ameaça a funcionário do estabelecimento prisional no qual cumpre pena o agravado. Concluiu-se, em referida sindicância, pela ocorrência da transgressão bem como pela sua autoria, caracterizando o cometimento de falta de natureza grave, por infração ao disposto no art. 39, incisos I, II e IV, da LEP, sendo proposta a reprimenda de 30 (trinta) dias de isolamento celular (fls. 21/24 e 25).

Entretanto, a MM. Juíza "a quo", reconheceu a nulidade da sindicância instaurada ante a ausência de defesa técnica no procedimento disciplinar, uma vez que os depoimentos das testemunhas não foram realizados na presença de defensor (fls. 30).

Pois bem, em que pese o entendimento da MM. Juíza de Primeiro Grau, assiste razão ao Ministério Público.

Isto porque, *in casu*, **não restou demonstrado o prejuízo advindo do não comparecimento do defensor à oitiva das testemunhas.**

Necessário observar que, na oportunidade na qual prestou suas declarações, foi nomeado advogado da FUNAP a fim de representá-lo naquele ato (fls. 16).

Além disso, ainda que ausente durante a oitiva das testemunhas, o defensor do sentenciado manifestou-se após a sua realização, em alegações finais, requerendo a absolvição em relação à prática da falta disciplinar, nada dizendo sobre a existência de qualquer nulidade que viesse a macular o procedimento disciplinar (fls. 19/20).

Inaplicável à hipótese, portanto, o disposto na Súmula Vinculante nº 05, do STF ("*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*") uma vez que houve a defesa técnica, seja pelo comparecimento do defensor quando da oitiva do agravado, seja pela apresentação de alegações finais na sindicância.

Não se percebe, assim, quão grave seria a ausência do defensor durante o depoimento das testemunhas, mesmo porque, inexistente prejuízo para o reeducando, aplicando-se, nesta parte, o que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, pois não se trata de nulidade absoluta, a saber: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

[...]

Ademais, o procedimento disciplinar de apuração de ocorrência de infração seguiu os ditames legais, não havendo qualquer cerceamento do direito de defesa do reeducando, ao qual foi dada oportunidade de se defender e de ser acompanhado por advogado.

Mesmo porque, não há nulidade por cerceamento de defesa da Sindicância que reconhece a prática de falta grave quando o sentenciado é ouvido antes da aplicação da sanção e há manifestação regular do seu defensor.

[...]

No mais, a prova colhida durante o procedimento disciplinar dá conta que o reeducando realmente praticou a falta grave.

De fato, ao ser ouvido durante o procedimento disciplinar, o sentenciado apresentou sua versão dos fatos, alegando apenas ter desamarrado um



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

varal de dentro da cela, deixando-o pendurado do lado de fora da mesma, juntamente com alguns pedaços de madeira. Afirma não ter tido qualquer tipo de discussão com o funcionário que retirou de lá o material, sendo que o mesmo nem chegou a se aproximar da cela (fls. 16).

[...]

Portanto, ante as provas coligidas na sindicância, de se concluir pela efetiva ocorrência da falta disciplinar imputada ao agravado.

Nestas circunstâncias, o agravo do Ministério Público merece ser provido para o fim de, afastada a nulidade do procedimento administrativo instaurado, reconhecer a falta grave praticada pelo agravado com as consequências dela decorrentes, a serem oportunamente determinadas pelo juiz da execução.

A Sexta Turma deste Tribunal entende que – da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) – resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de **adequado** procedimento específico, qual seja, procedimento administrativo disciplinar (PAD), indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, a violar, portanto, o devido processo legal, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

No caso dos autos, verifica-se que, conforme asseverado pelo próprio Tribunal de origem, **não houve o comparecimento do defensor do paciente quando da oitiva das testemunhas**, sendo que, apenas na oportunidade em que o apenado prestou as suas declarações, é que foi nomeado advogado da Funap a fim de representá-lo naquele ato.

Dessa forma, verificando-se que os depoimentos das testemunhas no PAD foram colhidos sem a necessária e inafastável presença de defesa técnica legalmente constituída – advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil –, resta evidente que foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sobretudo se se levar em conta que, em última análise, encontra-se em jogo a liberdade de ir e vir do paciente.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte excerto de julgado deste Superior Tribunal: ***Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade***, pois desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado (HC n. 185.295/RS, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/11/2011 – grifo nosso).

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se em consonância com o presente entendimento:

[...]

Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP.

[...]

(RE n. 398.269, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 15/12/2009)

Ressalte-se que não ignoro a existência de precedente desta Corte em sentido contrário ao da posição ora esposada:

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA INSTAURADA PARA APURAÇÃO DOS FATOS. REEDUCANDO REGULARMENTE OUVIDO. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO DA FUNAP. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTE NULIDADE NA OITIVA DE TESTEMUNHA SEM A PRESENÇA DO REEDUCANDO OU DE SEU ADVOGADO. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.**

1. Não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, se a sindicância instaurada para apurar falta grave foi acompanhada pelo próprio reeducando e por seu advogado que apresentou defesa escrita e não alegou, na oportunidade, qualquer nulidade no procedimento disciplinar.

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC 136.014/SP, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 29/3/2010)

Todavia, penso ser importante desenvolver uma reflexão mais detida acerca do tema à luz do devido processo legal, especialmente em se considerando a situação de vulnerabilidade do encarcerado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não desconheço, ainda, o enunciado da Súmula Vinculante 5/STF, que dispõe: *A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*

Contudo a Corte Suprema consolidou entendimento no sentido de que esse enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza não criminal. Isso porque, em PAD instaurado para apurar o cometimento de falta grave no curso da execução penal, por estar em jogo a liberdade de ir e vir do apenado, deve ser observado o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe garantida a ampla defesa. Nesse sentido: STF, RE n. 398.269/RS, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26/2/2010).

Dessa forma, porque evidenciado que a defesa do paciente não foi exercida a contento, sendo presumido o prejuízo a ele causado, resta evidente a nulidade do PAD contra ele instaurado.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que reconheceu a nulidade do PAD instaurado em desfavor do paciente, relativo à suposta prática de falta grave cometida em 13/9/2007, no curso da execução penal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0042277-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 164.806 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 501902

990081245752

EM MESA

JULGADO: 12/04/2012

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : JOÃO BIFFE JÚNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VAGNER APARECIDO DO NASCIMENTO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.