



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.251 - RS (2010/0102288-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SANDRO NOE OLIVEIRA CARDOSO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. PEDIDOS DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, QUE RESULTOU A HOMOLOGAÇÃO DE FALTA GRAVE, POR FALTA DE DEFESA TÉCNICA DO APENADO, COM O CONSEQUENTE RESTABELECIMENTO DO ANTERIOR REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E DA DATA-BASE, PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. NULIDADE DO PAD. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO RESP 1.378.557/RS, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DEMAIS QUESTÕES. PREJUDICIALIDADE. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. "As Turmas componentes da Terceira Seção deste Sodalício, em uníssonos julgados, admitem que em habeas corpus o esgotamento das vias ordinárias deve ser mitigado quando se requer a reforma de ato emanado por Desembargador da Justiça Comum, em decisão monocrática transitada em julgado" (STJ, HC 215.319/MT, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), QUINTA TURMA, DJe de 23/04/2012).

II. A Terceira Seção do STJ, no julgamento, em 23/10/2013, do REsp 1.378.557/RS, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, ainda pendente de publicação, pacificou o entendimento no sentido de que, "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".

III. "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" (STF, RE 398.269, Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2009).

IV. Na forma da jurisprudência do STF, "a Súmula Vinculante 5 é aplicada apenas aos procedimentos administrativos de natureza cível, sendo incorreta a sua observância em procedimentos administrativos de natureza penal" (STF, HC 104.801, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/05/2011).

V. Assim, configura cerceamento de defesa não ser o apenado assistido por defesa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

técnica – advogado constituído ou defensor público nomeado –, no processo administrativo disciplinar, para fins de apuração de falta grave, tal como ocorrera, na espécie.

VI. Tendo em vista a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, ora reconhecida, resta prejudicada a análise das demais arguições, concernentes à desproporcionalidade da medida, bem como ao efeito interruptivo, decorrente da prática de falta grave, e à regressão de regime.

VII. Ordem concedida, para declarar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar 262/2009, cassando a decisão, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Pelotas, que resultou no reconhecimento de falta grave, em desfavor do paciente.

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, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.251 - RS (2010/0102288-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de SANDRO NOÉ OLIVEIRA CARDOSO – condenado à pena de 29 (vinte e nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado –, contra decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento a Agravo em Execução, com fundamento no art. 557 do CPC c/c art. 3º do CPP.

Depreende-se dos autos que o Magistrado de 1º Grau rejeitou a arguição de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, por falta de defesa técnica, no interrogatório do apenado, reconheceu o cometimento de falta grave, aplicou sanção de regressão de regime e determinou o reinício da contagem do prazo de cumprimento de pena, para aquisição de novos benefícios, exceto para fins de livramento condicional (fls. 8/9e).

Interposto Agravo em Execução Penal, foi ele improvido, pelo Relator, no Tribunal de 2º Grau, daí a impetração do presente **writ** (fls. 59/64e).

Sustenta a impetrante, em síntese, nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, por cerceamento de defesa, ao argumento de que o apenado não foi ouvido na presença de defesa técnica, sendo assistido por Agente Penitenciário (fls. 2/3e).

Alega, ainda, que apenas a condenação por crime cometido no curso da execução ensejaria a alteração da data-base, para aquisição de novos benefícios, nos termos do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais c/c art. 75, § 2º, do Código Penal.

Aduz, outrossim, que o paciente "cumpria pena no regime semiaberto, e que estava de serviço externo. (...) não retornou para casa prisional porque ficou construindo uma própria casa, que cumpria se serviço externo e após no expediente, trabalhava construindo sua casa. (...) que se apresentou por livre e espontânea vontade" (fls. 3/4e). Afirma que a regressão de regime e a alteração da data-base constituem medida extrema, desproporcional e severa.

Assim, requer o deferimento da liminar, para determinar a suspensão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão impugnado, e, no mérito, a concessão da ordem, para declarar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, por cerceamento de defesa, e, em consequência, para restabelecer o regime carcerário em que anteriormente cumpria a pena, e a data-base, para a concessão de futuros benefícios.

O pedido de liminar foi indeferido, pelo então Presidente, Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA (fls. 75/76e).

As informações foram devidamente prestadas, pela autoridade apontada como coatora (fl. 130/e)

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou pela sua denegação (fls. 185/188e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.251 - RS (2010/0102288-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado contra decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento a Agravo em Execução, com fundamento no art. 557 do CPC c/c art. 3º do CPP.

Vê-se, pois, que a impetrante não poderia obter a reforma do julgado, na via especial, porquanto incabível a interposição de Recurso Especial para impugnar decisão proferida por Relator de Agravo em Execução, contra a qual não foi interposto Agravo Regimental ao Órgão colegiado, nos termos do art. 105, II, da CF e da Súmula 281/STF, por analogia.

Contudo, em sede de **habeas corpus**, "o esgotamento das vias ordinárias deve ser mitigado quando se requer a reforma de ato emanado por Desembargador da Justiça Comum, em decisão monocrática transitada em julgado" (STJ, HC 215.319/MT, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), QUINTA TURMA, DJe de 23/04/2012), tal como ocorre na hipótese, em que a decisão impugnada transitou em julgado em 19/07/2010.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DO STJ. EXAME DE DECISÃO MONOCRÁTICA TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO DE PENA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROGRESSÃO. EXAME CRIMINOLÓGICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 439/STJ. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. PRECEDENTES.

1. **As Turmas componentes da Terceira Seção deste Sodalício, em uníssonos julgados, admitem que em habeas corpus o esgotamento das vias ordinárias deve ser mitigado quando se requer a reforma de ato emanado por Desembargador da Justiça Comum, em decisão monocrática transitada em julgado.**

2. Em consenso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adota o entendimento de que o exame criminológico constitui um instrumento útil para a formação da convicção do magistrado, servindo como balizamento acerca dos riscos de colocar um condenado em contato amplo com a sociedade, não se podendo reconhecê-lo como constrangimento ilegal, pois é uma avaliação feita por meio de entrevista, sem qualquer ofensa física ou moral (Súmula nº 439/STJ).

3. A decisão arrimada na gravidade do delito praticado pelo apenado, determinando o prévio exame pericial para atestar o preenchimento do requisito subjetivo, constitui motivação inidônea, violando o art.

112, § 1º, da Lei nº 7.210/84.

4. Ordem concedida para restabelecer o decisum do Juízo da Vara das Execuções Penais" (STJ, HC 216.943/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (Desembargador Convocado do TJ/RJ), QUINTA TURMA, DJe de 25/05/2012).

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. INVIABILIDADE DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Esta Corte mantinha o entendimento no sentido do não conhecimento do habeas corpus impetrado em face de decisão monocrática, quando a parte não cuidava de interpor agravo interno, em razão do não esgotamento das instâncias ordinárias. A Quinta Turma desta Corte, no entanto, em revisão deste entendimento, passou a admitir o habeas corpus nas hipóteses em que, não obstante o esgotamento das instâncias ordinárias por ausência de interposição de agravo interno, restasse evidenciado o trânsito em julgado da decisão impugnada (HC 131.291/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 25/04/2011).

II. Orientação que vai de encontro com a nova inteligência acerca da real amplitude do habeas corpus, que não pode ser erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

III. Dentro dessa nova perspectiva, deve ser reafirmado o entendimento no sentido do não cabimento do habeas corpus nas hipóteses em que o impetrante, diante da decisão monocrática do Relator, ao invés de interpor agravo interno, para que sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irresignação fosse submetida ao Colegiado daquela Corte, impetra diretamente o mandamus.

IV. Hipótese dos autos que revela, ainda, uma peculiaridade, eis que a questão de fundo sequer foi alvo de apreciação pelo Desembargador Relator, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, o que inviabiliza de qualquer modo a apreciação da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

V. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no HC 217.245/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2011).

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DO HABEAS CORPUS MANEJADO NO TRIBUNAL A QUO. NÃO EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONHECIMENTO DO WRIT. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE E CONDENADO POR NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APREENSÃO DE CINCO PORÇÕES DE COCAÍNA, COM PESO TOTAL DE 32,81 GRAMAS. PENA APLICADA: 8 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não obstante a ausência de esgotamento da instância ordinária, tendo em vista a falta de interposição de Agravo Regimental ao Órgão Colegiado, em adversidade a decisão monocrática do Relator que proveu o recurso do MPF, ocorrido o trânsito em julgado desta, revela-se possível o conhecimento do writ, originariamente, nos termos da alínea c, do art. 105, III da Constituição Federal.

Precedentes do STJ.

2. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso em flagrante e assim respondeu a ação penal por tráfico de entorpecentes, uma vez que o art. 44 da Lei 11.343/06 veda a concessão da liberdade provisória. Precedentes do STJ.

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento do writ.

4. Ordem denegada" (STJ, HC 153.563/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

27/09/2010).

Assim, mostra-se possível o conhecimento deste **Habeas corpus**, originariamente, nos termos do art. 105, I, **c**, da CF/88, na linha da orientação jurisprudencial. Passo, então, ao exame do mérito do presente **writ**.

Como se viu do relatório, sustenta a impetrante que (a) o Processo Administrativo Disciplinar, instaurado em desfavor do paciente, é nulo, por cerceamento de defesa, ao argumento de que ele não foi interrogado na presença de defesa técnica, tendo sido assistido por Agente Penitenciário; (b) apenas a condenação por crime cometido no curso da execução ensejaria a alteração da data-base para a aquisição de novos benefícios, nos termos do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais c/c art. 75, § 2º, do Código Penal; e (c) o paciente esteve evadido do sistema prisional porque, no regime semiaberto, cumpria serviço externo, e, após o expediente, construía a sua casa, revelando-se a regressão de regime medida extrema, desproporcional e severa.

Consta dos autos que o paciente não retornou do trabalho externo, em 30/08/2009 (fl. 8e), ostentando a condição de foragido, até a sua apresentação espontânea, em 23/09/2009, no local onde cumpria pena, em regime semiaberto (fl. 133e).

A decisão, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Pelotas/RS, que homologou o Processo Administrativo Disciplinar que reconheceu o cometimento de falta grave, pelo paciente, encontra-se assim fundamentada:

"Aos quatorze dias do mês de dezembro do ano de 2009, às 9 horas, na Sala de Audiências da Primeira Vara Criminal do Fórum de Pelotas, onde se encontrava o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Dias da Costa Moraes, Juiz em Substituição, comigo, Zilei P. Baes, Of. Escrevente-secretária da juíza, presente o ilustre representante do Ministério Público, presente a Defensoria Pública, Presente também o apenado SANDRO NOÉ OLIVEIRA CARDOSO.

A seguir foi dito pelo Juiz que: O apenado confirma as declarações de folhas 464 dos autos.

Pelo MP: Promoção juntada. Pela homologação do PAD, com a regressão de regime e rebaixamento de conduta, aplicação da Súmula Vinculante n. 09, alteração da data base para novos benefícios, com exceção do Livramento Condicional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerações pela Defesa: Considerando que o apenado permaneceu menos de 01 mês fora da prisão e que se apresentou espontaneamente para dar seguimento ao cumprimento de sua pena, requer a absolvição do acusado, mormente por estar desde o fim de agosto deste ano em regime mais rigoroso, isto por si só já é suficiente para fins de reprimenda no caso em apreço, não sendo razoável aplicação de penalidade nos termos em que sugerido pelo agente ministerial. N. termos p. deferimento..

Por fim o MM Juiz assim decidiu: **O apenado SANDRO NOÉ OLIVEIRA CARDOSO, empreendeu fuga em 30.08.2009. Foi recapturado em 23.09.2009. instaurado o PAD a defesa arguiu vícios atinentes ao princípio do contraditório e da ampla defesa.** Apesar dos argumentos da nobre Defensora Pública, tenho para mim que se impõe a homologação do PAD. **O apenado confessou, nesta audiência a falta grave que lhe é imputada. O processo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio. Na medida em que o apenado confessa a falta grave nesta audiência, o Procedimento não padece de qualquer vício. A justificativa apresentada pelo apenado é, sobretudo irônica, eis que diz: não retomei estava terminando minha casa, no dia 23 fui lá e me apresentei. O alegado pela defesa técnica não se constitui em argumento válido capaz de elidir a falta grave cometida.** O apenado enquanto cumprindo pena tem que se submeter às normas legais e regimentais. Por fim, não podemos deixar de mencionar que o apenado já respondeu a 04 (quatro) PADs, o que demonstra a sua insubordinação e falta de responsabilidade. Assim sendo, **aplico sanção disciplinar de regressão de regime, rebaixamento de conduta, com base no artigo, 50, 11 e artigo 118, ambos da LEP. Aplico também a Súmula Vinculante no 09. Fixo como data base para aquisição de novos benefícios a data de sua recaptura, exceto para fins de Livramento Condicional"** (fls. 8/9e).

Quanto à preliminar de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, assim se pronunciou o Relator do Agravo em Execução, no Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso, acolhendo o parecer do Ministério Público, **in verbis:**

"Preliminarmente.

Não assiste razão à defesa quando requer seja decretada a nulidade do PAD.

O fato de o apenado ter sido defendido, durante o PAD, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um agente penitenciário, não macula em nada o feito. Mesmo porque sequer o PAD é indispensável quando se trata da prática de falta grave, já que a Lei de Execução Penal não estabelece obrigatoriedade para a realização de procedimento administrativo disciplinar; basta, apenas, a oitiva do apenado na audiência de justificação - sendo que a mesma ocorreu, ocasião em que o apenado estava devidamente acompanhado por uma defensora pública.

(...)

Afastada a questão primeira, passa-se a análise do mérito" (fls. 60/61e).

Como se verifica do acórdão impugnado, a preliminar de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, por falta de defesa técnica, foi rejeitada, ao fundamento de se tratar o PAD de peça informativa não obrigatória, razão pela qual eventuais irregularidades não teriam o condão de anular o julgamento realizado pelo Juízo de 1º Grau, na audiência de justificação, na qual o paciente foi ouvido, na presença da Defensora Pública.

Segundo consta da inicial, o procedimento seria nulo, porquanto o apenado não teria sido ouvido na presença de defesa técnica, no Processo Administrativo Disciplinar, sendo assistido, no procedimento, por Agente Penitenciário.

Assiste razão à impetrante.

A Terceira Seção do STJ, no julgamento, em 23/10/2013, do REsp 1.378.557/RS, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, ainda pendente de publicação, pacificou o entendimento no sentido de que "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".

Assim, configura cerceamento de defesa não ser o apenado assistido por defesa técnica – advogado constituído ou defensor público nomeado – durante o seu interrogatório e no curso do Processo Administrativo Disciplinar, para fins de apuração de falta grave, tal como ocorrera, na espécie, conforme se verifica dos documentos juntados a fls. 21/22e.

Com efeito, é incontroverso, nos autos, que o paciente foi defendido, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PAD, por Agente Penitenciário (assessor jurídico), que, embora Bacharel em Direito, não está inscrito na OAB (fls. 12e, 42e, 60e). Quando ouvido o paciente, no PAD, ele não teve qualquer assistência, como se vê a fl. 22e.

Em situação análoga à presente, em que o apenado não foi ouvido, na presença de defesa técnica, no Processo Administrativo Disciplinar – mas apenas assistido por funcionário (assessor jurídico) do sistema prisional local do Rio Grande do Sul –, a 6ª Turma do STJ entendeu que tal não atende à exigência legal, prevista no art. 59 da Lei 7.210/84, que assegura o direito de defesa, em procedimento disciplinar instaurado para apuração de falta grave.

Afirmou o Relator do AgRg no REsp 1.246.035/RS, Ministro Sebastião Reis Júnior, no voto condutor do acórdão, que decretara a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, em razão de o apenado não contar com a assistência de defesa técnica, por meio de profissional legalmente constituído, ou seja, advogado ou defensor público:

"O agravo regimental não merece provimento.

Ao contrário da pretensão recursal, **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, **não merece reforma o acórdão local, porquanto o apenado não foi assistido, na audiência realizada no PAD, por defesa técnica legalmente constituída – advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil –, portanto foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante a jurisprudência deste Tribunal.**

Ressalte-se, contravindo os argumentos recursais, que **a constituição de defesa por meio de funcionário (assessor jurídico) do sistema prisional local não atende à exigência legal, consoante o art. 59 da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/1984.**

Excerto de julgado deste Tribunal a corroborar: ***Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Mender, Segunda Turma, DJ 15/12/2009)

Ademais, **sendo declarada a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado**, fica prejudicada a análise das demais questões, inclusive a suposta ausência de previsão legal no sentido de determinar o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar" (voto condutor do acórdão do AgRg no REsp 1.246.035/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Nesse sentido as seguintes ementas, inclusive a relativa ao precedente citado:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PAD. IMPOSIÇÃO LEGAL. APENADO SEM ASSISTÊNCIA DE DEFENSOR LEGALMENTE CONSTITUÍDO. ADVOGADO DEVIDAMENTE INSCRITO NOS QUADROS DA OAB. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. PREJUDICIALIDADE DOS DEMAIS PEDIDOS.

1. A Sexta Turma deste Tribunal entende que - da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal - resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de 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, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

2. No caso, o apenado não foi assistido, na audiência realizada no PAD, por defesa técnica legalmente constituída - advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil -, portanto foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante a jurisprudência deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

3. Sendo declarada a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado, fica prejudicada a análise das demais questões, inclusive a suposta ausência de previsão legal no sentido de determinar o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar.

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.246.035/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 19/03/2012).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO COM A DEFESA TÉCNICA. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar, visto que a mens legis da norma de execuções penais foi justamente possibilitar o devido esclarecimento sobre o evento durante o procedimento, em perfeita concretização do princípio do devido processo legal, sendo que a sua exigência não apregoa um culto exagerado à forma, mas sim uma formalidade legal que deve ser seguida, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado.

2. Incabível o argumento de que a ausência de defesa técnica no PAD restou suprida pela oitiva do preso, acompanhado de defensor; pois, no afã por resultados e efetividade, poder-se-ia ignorar a segurança jurídica, de modo que a previsibilidade dos atos processuais pela sociedade seria, na melhor das hipóteses, mitigada.

3. A obrigatoria oitiva prévia do apenado em caso de regressão definitiva do regime prisional (artigo 118, § 2.º, da LEP) não basta por si só para a escorreita apuração da falta disciplinar, eis que o processo administrativo disciplinar, em sendo mais abrangente, não se esgota na prática somente desse ato.

4. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de garantias se notabiliza a ampla defesa. **Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.**

5. Habeas corpus concedido para, cassando o acórdão atacado, declarar nula a decisão que reconheceu a prática de falta grave - fuga - cometida pelo paciente, em tese, na data de 20.01.2009, bem como todos os efeitos dela decorrentes" (STJ, HC 165.200/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 09/04/2012).

Essa é a orientação firmada pela 2ª Turma do STF, em precedente assim ementado:

"Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Execução criminal. Prática de falta grave pelo apenado. 3. **Paciente que não foi acompanhado por defensor durante a realização dos atos referentes ao processo administrativo-disciplinar.** 4. **Nulidade. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.** 5. Recurso conhecido e provido" (STF, RHC 104.584, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/06/2011).

Transcrevo, por oportuno, os fundamentos do voto condutor do acórdão, no que se pertine a inaplicabilidade da Súmula Vinculante 5/STF ao processo administrativo disciplinar, na Execução Criminal, para a apuração de falta grave, em caso análogo ao presente:

"Observo, inicialmente, que o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto de processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

Ao compulsar os autos, **verifico do acórdão proferido pelo TJ/RS que os depoimentos do paciente e das testemunhas no procedimento administrativo-disciplinar foram colhidos sem a necessária e inafastável presença do defensor. Nesses termos, imperioso concluir que não houve garantia plena de defesa, restando violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sobretudo se se levar em**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conta que, em última análise, se encontra em jogo a liberdade de ir e vir.

Não desconheço, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n. 5, que dispõe: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo-disciplinar não ofende a Constituição".

Todavia, consoante decidido por meio do RE 398.269/RS, de minha relatoria, esse enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza não-criminal. Dessarte, 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 (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea a, VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (arts. 5º, LVI e LV)".

De fato, "a Súmula Vinculante 5 é aplicada apenas aos procedimentos administrativos de natureza cível, sendo incorreta a sua observância em procedimentos administrativos de natureza penal" (STF, HC 104.801, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/05/2011).

Assim, tendo em vista que o paciente não teve a assistência de defesa técnica no PAD, por advogado constituído ou defensor público nomeado, caso é de sua nulidade.

Tendo em vista a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, ora reconhecida, em face dos aludidos precedentes, resta prejudicada a análise das demais arguições, concernentes à desproporcionalidade da medida, bem como ao efeito interruptivo, decorrente da prática de falta grave, e à regressão de regime.

Ante o exposto, concedo a ordem, para declarar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar 262/2009 (fls. 21/23e), cassando a decisão, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Pelotas, que resultou no reconhecimento de falta grave, em desfavor do paciente (fls. 8/9e).

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0102288-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 175.251 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 40211955

70035313998

EM MESA

JULGADO: 12/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : SANDRO NOE OLIVEIRA CARDOSO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Regressão de Regime

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.