



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.014 - RS (2013/0362285-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SIDNEI OSCAR DE QUEIROZ

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO INSTRUMENTO PROCESSUAL PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA DECIDIDA PELA TERCEIRA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.378.557/RS. 3. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. 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.

3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para, cassar o acórdão impugnado e a punição administrativa, sem prejuízo de que o diretor do estabelecimento prisional instaure o procedimento administrativo, a fim de apurar a falta disciplinar praticada pelo paciente, assegurando-lhe o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.014 - RS (2013/0362285-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Sidnei Oscar de Queiroz, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos ter o Juízo das Execuções Penais, ante o reconhecimento de falta grave cometida pelo paciente, determinado a alteração da data-base, a regressão prisional, bem como a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos.

No presente **writ**, sustenta a impetrante que, no caso, "não há que se falar em cometimento de falta grave, já que ausente a instauração de procedimento administrativo disciplinar, meio apto à respectiva apuração" (fl. 2).

Afirma a ilegalidade da alteração da data-base quando não há condenação por prática de crime posterior ao início da execução da pena, asseverando, ainda, a desproporcionalidade da regressão de regime e a ilegalidade da perda dos dias remidos.

Busca, inclusive liminarmente, seja cassada a decisão do Juízo das Execuções Criminais que reconheceu a falta grave, afastando-se, conseqüentemente, os seus efeitos.

A liminar foi indeferida (fls. 151/152) e as informações dispensadas.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 160/164), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.014 - RS (2013/0362285-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Depreende-se dos autos que no dia 7/4/2010 o paciente evadiu-se do estabelecimento prisional em que cumpria pena, oportunidade em que foi aberto o processo administrativo disciplinar - PAD para a apuração da falta grave.

Após o seu transcurso regular foi realizada a audiência de justificação, na qual o PAD foi judicialmente homologado e o paciente regredido para o regime semiaberto, bem assim a perda de 1/3 dos dias remidos.

A presente impetração funda-se, em essência, na ausência de processo administrativo disciplinar para a caracterização da falta grave, a ilegalidade da alteração da data-base e dos dias remidos e a desproporcionalidade da regressão ao regime semiaberto.

Quanto à questão da imprescindibilidade da instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para fins de reconhecimento de falta grave no curso da execução penal, tem-se que o tema já foi objeto de debate em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior, perfilhando cada qual caminho diverso.

A Sexta Turma, a despeito de alguns precedentes em sentido contrário, possui entendimento no sentido de ser obrigatória a instauração do PAD, com a presença de defensor devidamente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a fim de se reconhecer o cometimento de falta grave no curso da execução.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, POR FALTA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DE DEFENSOR PÚBLICO, PARA ASSISTÊNCIA AO APENADO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

VI. Nos termos da jurisprudência da 6.^a Turma do STJ, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sintonia com a do Supremo Tribunal Federal, configura cerceamento de defesa não ser o apenado assistido por defesa técnica - advogado constituído ou defensor público nomeado -, no procedimento administrativo disciplinar, para fins de apuração de falta grave, tal como ocorrera, na espécie. Precedentes do STJ.

VII. Inaplicabilidade, no caso, da Súmula Vinculante n. 5, do STF - que dispõe que 'a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição' -, em face da distinta natureza do procedimento, instaurado para apurar o cometimento de falta grave, por réu condenado, com repercussão direta no direito de liberdade. Precedentes do STF (RE 398.269/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 15/12/2009).

VIII. '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/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2009).

IX. Tendo em vista a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, ora reconhecida, resta prejudicada a análise das demais arguições, concernentes ao efeito interruptivo, decorrente da prática de falta grave, e à perda dos dias remidos.

X. Habeas corpus não conhecido.

XI. Ordem concedida, de ofício, para anular o Procedimento Administrativo Disciplinar 101/2009, que resultou na aplicação da falta grave, em desfavor do paciente. (HC nº 171.364/RS, Relatora a Ministra **Assusete Magalhães**, Sexta Turma, DJe 21/6/2013)

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (AgRg no REsp nº 1.246.035/RS, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, Sexta Turma, DJe 19/3/2012)

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 obrigatória 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 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. (HC nº 165.200/RS, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, Sexta Turma, DJe 9/4/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Quinta Turma, por sua vez, vem sustentando a prescindibilidade da instauração de procedimento administrativo disciplinar, quando realizada a oitiva do apenado em Juízo, na presença do defensor e do membro do Ministério Público.

A propósito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NULIDADE DO PAD. INEXISTÊNCIA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.176.486/SP. NOVO MARCO: DATA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. 'A jurisprudência desta Corte, interpretando o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, consolidou-se no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando que seja realizada audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório. Precedentes' (HC 200.458/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 17/11/2011.)

2. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (ERESP 1.176.486/SP, 3.ª Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Ordem de **habeas corpus** denegada. (HC nº 204.814/RS, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, Quinta Turma, DJe 12/3/2013)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ACOMPANHAMENTO DO APENADO POR ADVOGADO. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Consoante asseverado na decisão objurgada, o moderno entendimento desta Corte Superior inclina no sentido de que a Lei de Execução Penal somente exige, para o reconhecimento da prática de falta grave, a oitiva judicial prévia do apenado, não reclamando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar.

2. Assim, prescindível a instauração de procedimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disciplinar, também é dispensável o acompanhamento do apenado por advogado, porquanto a garantia do contraditório e da ampla defesa, para todos os efeitos, a teor do art. 118, § 2º da LEP, é satisfeita com a realização de audiência de justificação prévia, devidamente realizada na espécie.

3. 'A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição' (Enunciado da Súmula Vinculante n.º 05 do Supremo Tribunal Federal).

4. **In casu**, conforme bem asseverado pelo Tribunal **a quo**, o agravado foi assistido por assessor jurídico da SUSEPE, bem como, na fase judicial, por defensor habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo, pois, qualquer nulidade relativa à inobservância do contraditório ou da ampla defesa.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag nº 1.404.811/RS, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, Quinta Turma, DJe 6/11/2012)

Realizando consulta na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, verifica-se a existência de julgados em ambos os sentidos, tanto pela imprescindibilidade do PAD, com a obrigatoriedade de defesa técnica por advogado, quanto pela sua desnecessidade, na hipótese em que o apenado for ouvido em Juízo.

Não obstante os referidos julgados da Corte Suprema, a maioria na via do **habeas corpus**, entendo, com a devida vênia, que a matéria discutida diz respeito eminentemente à interpretação da legislação infraconstitucional, sendo, portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988, da competência do Superior Tribunal de Justiça dar a última palavra acerca da questão controvertida.

Feita essa digressão, prossigo no exame da tese.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguindo a mesma linha da Sexta Turma desta Corte, no agravo em execução interposto pela defesa, decretou a nulidade da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais – que reconheceu a prática de falta grave, determinando a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios –, tendo em vista a ausência de instauração de procedimento administrativo disciplinar.

Os fundamentos foram assim consignados no acórdão recorrido (fl.102):

Não há falar em nulidade da decisão recorrida, considerando o que dispõe o RDP a partir das alterações trazidas pelo Decreto Estadual nº 47.594/2010, que acrescentou o inciso III ao art. 14 dispensando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar nas hipóteses das faltas disciplinares previstas no art. 11, incisos II (fuga) e VIII



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(prática de fato previsto como crime doloso).

Além disso, a tese defensiva esbarra também no entendimento consolidado nesta Câmara, segundo qual a independência existente entre as esferas administrativa disciplinar para a apuração do cometimento de falta grave pelo preso, bem como para a aplicação das consequências legais cabíveis, sendo suficiente a atuação exclusiva do Juízo da execução penal.

Embora tenha seguido o entendimento já adotado pela egrégia Quinta Turma desta Corte, penso que o momento é oportuno para maior reflexão acerca da matéria discutida, devendo ser analisada e interpretada a Lei n. 7.210/1984 – que instituiu a Lei de Execução Penal –, em sua integralidade, a fim de verificar se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave.

Da leitura da Seção III do Capítulo IV do referido diploma legislativo, que trata "Da Disciplina", verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece em ordem cronológica: 1) a atribuição para o exercício do poder disciplinar (arts. 44 a 48); 2) a classificação das faltas disciplinares, bem como a "tipificação" das condutas correspondentes à falta de natureza grave (arts. 49 a 52); 3) as sanções respectivas (arts. 53 a 58); e 4) o procedimento que deverá ser adotado para apuração da falta disciplinar (arts. 59 a 60).

Nas disposições gerais da referida seção (Subseção I), os arts. 47 e 48 estabelecem que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, bem como na restritiva de direitos, será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Assim, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar, conforme disposto nos aludidos dispositivos legais.

Logo, a aplicação de eventual sanção disciplinar também será da atribuição do diretor do estabelecimento prisional, o qual deverá observar a regra do art. 57, **caput**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da LEP, corolário do princípio constitucional da individualização da pena, que dispõe: "Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão."

Quanto ao aludido dispositivo, vale transcrever as considerações de Nucci:

Para eleger a sanção disciplinar adequada a cada condenado faltoso, deve a direção do presídio analisar a natureza da sua infração (leve, média ou grave), os motivos que o levaram a cometê-la, as circunstâncias e consequências do fato e a pessoa do sentenciado (personalidade), bem como seu tempo de prisão. É uma reprodução minorada do art. 59 do Código Penal. No entanto, merecedora de aplauso. Aliás, esta é outra razão para que a decisão do diretor seja motivada, tanto quanto a do juiz. O elemento concernente ao tempo de prisão é característica especial da execução penal, porém relevante. A personalidade de qualquer pessoa é dinâmica e mutável, variando conforme o ambiente onde se encontra. Se o preso está no cárcere há muitos anos apresenta-se de um modo; se é um recém-chegado, de outro. A administração do presídio tem perfeita noção disso e pode discernir entre o ainda indisciplinado recém-chegado, que leva um tempo para habituar-se às várias regras do presídio, e o condenado de longa data, já acostumado à rotina do local. Por isso, a insubordinação do recém-chegado pode não ser tão grave quanto a mesma indisciplina demonstrada pelo condenado de vários anos. Daí a variação da sanção disciplinar. (NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 241).

Corroborando esse entendimento, o art. 54 da LEP é claro ao estabelecer que as sanções dos incisos I a IV do art 53, quais sejam, advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento.

Saliente-se que, embora a decisão acerca da inclusão em regime disciplinar diferenciado – RDD seja jurisdicional (LEP, art. 53, inciso V), inserindo-se na competência do juiz da execução, o parágrafo único do art. 54 estabelece que a autorização de inclusão do preso nesse regime dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

O parágrafo único do art. 57, por sua vez, dispõe que "nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei", sendo que os incisos III (suspensão ou restrição de direitos) e IV (isolamento na própria cela), como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

visto, são de atribuição exclusiva do diretor do presídio.

Não se olvida que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º).

Todavia, a regra geral estabelecida na Lei de Execução Penal é que a sanção disciplinar seja aplicada pelo diretor do estabelecimento prisional, ficando a cargo do juiz da execução apenas algumas medidas, conforme se depreende do parágrafo único do art. 48:

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

Veja que o dispositivo estabelece que a autoridade administrativa representará ao juiz da execução penal para adoção das sanções disciplinares previstas nos aludidos artigos.

Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa.

Nesse ponto, veja o que diz a doutrina:

Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas.

Na ocorrência de infração grave, além da **apuração e aplicação das sanções administrativas**, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá **comunicar** ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181). Nestes casos, apenas o juiz da execução poderá aplicar estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena.

(BRITO, A. C. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 160/161).

Dessa forma, constata-se que a Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o "processo" de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar.

Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional.

Portanto, a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV).

No tocante à formalização dessa sequência de atos concernentes à apuração da conduta faltosa do detento e aplicação da respectiva sanção, o art. 59 da Lei de Execução Penal é expresso ao determinar que: "Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para a sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa."

Em seguida, o art. 60 possibilita à autoridade administrativa, na hipótese da prática de falta disciplinar, "decretar o isolamento preventiv do faltoso pelo prazo de até dez dias", ressalvando-se a competência do juiz da execução penal apenas para determinar a inclusão do detento no regime disciplinar diferenciado.

Da leitura desses artigos, não resta dúvida que a Lei de Execução Penal impõe a instauração de procedimento administrativo para apurar a prática de falta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disciplinar pelo preso, cuja responsabilidade é da autoridade administrativa, podendo, inclusive, decretar o isolamento preventivo do sentenciado faltoso pelo prazo de 10 (dez) dias.

E mais, mesmo sendo a referida lei do ano de 1984, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, ficou devidamente assegurado o direito de defesa do preso, que abrange não só a autodefesa, mas também a defesa técnica, a ser realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Não por outro motivo o legislador disciplinou expressamente nos arts. 15, 16 e 83, § 5º, da LEP, a obrigatoriedade de instalação da Defensoria Pública nos estabelecimentos penais, a fim de assegurar a defesa técnica daqueles que não possuem recursos financeiros para constituir advogado.

A propósito, confira-se:

SEÇÃO IV

Da Assistência Jurídica

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 2º **Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.** (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

§ 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

TÍTULO IV



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dos Estabelecimentos Penais

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

(...)

§ 5º **Haverá instalação destinada à Defensoria Pública.** (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Ademais, vale ressaltar que, não obstante a literalidade dos dispositivos da Lei de Execução Penal que asseguram a necessidade de assistência jurídica do preso por defensor técnico, dentro e fora do estabelecimento prisional, o direito de defesa garantido ao sentenciado tem assento constitucional, mormente porque o reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta consequências danosas que repercutem, em última análise, em sua liberdade.

Com efeito, os incisos LIV ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal") e LV ("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") do art. 5º da Constituição Federal de 1988 respaldam a obrigatoriedade da presença de defensor regularmente constituído na Ordem dos Advogados do Brasil, em procedimento administrativo disciplinar, no âmbito da execução da pena.

No particular, registre-se que a Súmula Vinculante nº 5, a qual dispõe que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição", não se aplica à execução penal.

Primeiro, porque todos os precedentes utilizados para elaboração do aludido verbete sumular são originários de questões não penais, onde estavam em discussão procedimentos administrativos de natureza previdenciária (RE n. 434.059); fiscal (AI n. 207.197); disciplinar-estatutário militar (RE n. 244.027); e tomada de contas especial (MS n. 24.961).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo, porque, conforme mencionado, na execução da pena está em jogo a liberdade do sentenciado, o qual se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, revelando-se incompreensível que ele possa exercer uma ampla defesa sem o conhecimento técnico do ordenamento jurídico, não se podendo, portanto, equipará-lo ao indivíduo que responde a processo disciplinar na esfera cível-administrativa.

Dessa forma, no âmbito da execução penal, deve ser garantido o pleno direito de defesa ao detento, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, por ocasião de instauração de PAD para apuração de falta disciplinar.

Quanto ao tema, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC n. 104.584/STF, bem fundamentou:

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 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, 11, 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 (art. 5º, LIV e LV).

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus** para, reconhecida a nulidade do processo administrativo-disciplinar, cassar a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Grande/RS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão ficou 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. (RHC nº 104.584/RS, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, Segunda Turma, DJe 6/6/2011)

No mesmo sentido, a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no voto proferido no HC n. 135.082/SP, assim consignou:

De saída, penso ser importante tecer alguns comentários sobre a aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 ao universo da execução penal.

É manifesta a diversidade de situações entre a enfocada neste *mandamus* e aquela que envolveu a edição de referido verbete. Arrimou-se tal consolidação jurisprudencial sobre precedentes vinculados ao Direito Administrativo, *verbis*:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 434059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279)

A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

(AI 207197 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05-06-1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620)

Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

(RE 244027 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28-06-2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.

(MS 24961, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347)

Por mais que sejam relevantes os cânones que informam tal ramo do Direito, é evidente que se faz necessário reconhecer, aqui, o descrímen. Não se está a tratar de um mero procedimento administrativo disciplinar em que um sujeito, sobre o qual recai a suspeita de uma falta, pode, plenipotenciário de seus direitos e prerrogativas, demonstrar a sua inocência.

Não. Diante das condições a que submetidos os detentos, qualquer tentativa de equiparação com os sujeitos que, do lado de cá das grades, podem, *per sí*, fazer valer a dignidade da pessoa humana, soa descontextualizada.

Apenas a título de registro, observa-se que o Regulamento Penitenciário Federal, aprovado pelo Decreto n. 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que disciplina as regras da execução da pena em estabelecimento prisional federal, seguindo a diretriz traçada pela Lei n. 7.210/1984 (LEP), determina expressamente a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a imprescindibilidade da presença de advogado, conforme se verifica dos seguintes dispositivos:

TÍTULO VIII



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES, DA CLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA E DA REABILITAÇÃO

CAPÍTULO I

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES

Art. 59. Para os fins deste Regulamento, entende-se como procedimento de apuração de faltas disciplinares a sequência de atos adotados para apurar determinado fato.

Parágrafo único. Não poderá atuar como encarregado ou secretário, em qualquer ato do procedimento, amigo íntimo ou desafeto, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cônjuge, companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado.

Art. 60. Ao preso é garantido o direito de defesa, com os recursos a ele inerentes.

Seção I

Da Instauração do Procedimento

Art. 61. O servidor que presenciar ou tomar conhecimento de falta de qualquer natureza praticada por preso redigirá comunicado do evento com a descrição minuciosa das circunstâncias do fato e dos dados dos envolvidos e o encaminhará ao diretor do estabelecimento penal federal para a adoção das medidas cautelares necessárias e demais providências cabíveis.

§ 1º O comunicado do evento deverá ser redigido no ato do conhecimento da falta, constando o fato no livro de ocorrências do plantão.

§ 2º Nos casos em que a falta disciplinar do preso estiver relacionada com a má conduta de servidor público, será providenciada a apuração do fato envolvendo o servidor em procedimento separado, observadas as disposições pertinentes da Lei nº 8.112, de 1990.

Art. 62. Quando a falta disciplinar constituir também ilícito penal, deverá ser comunicada às autoridades competentes.

Art. 63. O procedimento disciplinar será instaurado por meio de portaria do diretor do estabelecimento penal federal.

Parágrafo único. A portaria inaugural deverá conter a descrição sucinta dos fatos, constando o tempo, modo, lugar, indicação da falta e demais informações pertinentes, bem como, sempre que possível, a identificação dos seus autores com o nome completo e a respectiva matrícula.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 64. O procedimento deverá ser concluído em até trinta dias.

(...)

Seção II

Da Instrução do Procedimento

Art. 66. Caberá à autoridade que presidir o procedimento elaborar o termo de instalação dos trabalhos e, quando houver designação de secretário, o termo de compromisso deste em separado, providenciando o que segue:

I - designação de data, hora e local da audiência;

II - citação do preso e intimação de seu defensor, cientificando-os sobre o comparecimento em audiência na data e hora designadas; e

III - intimação das testemunhas.

§ 1º Na impossibilidade de citação do preso definitivo ou provisório, decorrente de fuga, ocorrerá o sobrestamento do procedimento até a recaptura, devendo ser informado o juízo competente.

§ 2º No caso de o preso não possuir defensor constituído, será providenciada a imediata comunicação à área de assistência jurídica do estabelecimento penal federal para designação de defensor público.

Seção III

Da Audiência

Art. 67. Na data previamente designada, será realizada audiência, facultada a apresentação de defesa preliminar, prosseguindo-se com o interrogatório do preso e a oitiva das testemunhas, seguida da defesa final oral ou por escrito.

§ 1º A autoridade responsável pelo procedimento informará o acusado do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, dando-se continuidade à audiência.

§ 2º O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

§ 3º Nos casos em que o preso não estiver em isolamento preventivo e diante da complexidade do caso, a defesa final poderá ser substituída pela apresentação de contestação escrita, caso em que a autoridade concederá prazo hábil, improrrogável, para o seu oferecimento, observados os prazos para conclusão do procedimento.

§ 4º Na ata de audiência, serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais e as informações úteis à apuração dos fatos.

§ 5º Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possam interferir no prosseguimento da audiência e do procedimento, e as demais questões serão decididas no relatório da autoridade disciplinar.

Art. 68. Se o preso comparecer na audiência desacompanhado de advogado, ser-lhe-á designado pela autoridade defensor para a promoção de sua defesa.

Art. 69. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, salvo no caso de proibição legal e de impedimento.

§ 1º O servidor que, sem justa causa, se recusar a depor, ficará sujeito às sanções cabíveis.

§ 2º As testemunhas arroladas serão intimadas pelo correio, salvo quando a parte interessada se comprometer em providenciar o comparecimento destas.

Seção IV

Do Relatório

Art. 70. Encerradas as fases de instrução e defesa, a autoridade designada para presidir o procedimento apresentará relatório final, no prazo de três dias, contados a partir da data da realização da audiência, opinando fundamentalmente sobre a aplicação da sanção disciplinar ou a absolvição do preso, e encaminhará os autos para apreciação do diretor do estabelecimento penal federal.

Parágrafo único. Nos casos em que reste comprovada autoria de danos, capazes de ensejar responsabilidade penal ou civil, deverá a autoridade, em seu relatório, manifestar-se, conclusivamente, propondo o encaminhamento às autoridades competentes.

Seção V

Da Decisão

Art. 71. O diretor do estabelecimento penal federal, após avaliar o procedimento, proferirá decisão final no prazo de dois dias contados da data do recebimento dos autos.

Parágrafo único. O diretor do estabelecimento penal federal ordenará, antes de proferir decisão final, diligências imprescindíveis ao esclarecimento do fato.

(...)

Art. 75. O não-comparecimento do defensor constituído do preso, independentemente do motivo, a qualquer ato do procedimento, não acarretará a suspensão dos trabalhos ou prorrogação dos prazos, devendo ser nomeado outro defensor para acompanhar aquele ato específico.

Como visto, nos estabelecimentos penais federais é garantido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressamente a instauração de procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar, bem como a necessidade de o detento ser assistido por advogado.

Seria, portanto, um verdadeiro contrassenso admitir que o preso que cumpre pena em estabelecimento penal federal, regido pelo aludido decreto, possua mais direitos e garantias – no tocante à obrigatoriedade de instauração do PAD com a presença de defensor técnico – em relação àquele que esteja cumprindo pena em presídio estadual.

Essa situação, por certo, não se coaduna com o ordenamento jurídico, notadamente com os dispositivos da Constituição Federal de 1988, no que concerne ao princípio da isonomia.

Desse modo, diante de tudo o que foi exposto, conclui-se ser clara a opção do legislador no sentido da imprescindibilidade de instauração do procedimento administrativo para reconhecimento da falta disciplinar no âmbito da execução da pena, assegurando ao preso o direito de defesa, neste compreendido tanto a autodefesa quanto a defesa técnica exercida por advogado.

Dito isso, surge a seguinte indagação, que constitui fundamento principal do presente recurso: com a oitiva do apenado, prevista no art. 118, inciso I e § 2º, da LEP, em juízo, torna-se desnecessário o referido procedimento administrativo?

Para responder essa questão, mostra-se necessário analisar o referido preceito legal, que assim dispõe:

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;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como visto, o dispositivo legal em comento determina que o apenado deverá ser ouvido previamente antes de ser regredido definitivamente de regime, visando dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nas hipóteses em que: 1) praticar fato definido como crime doloso; 2) cometer falta grave; 3) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena torne incabível o regime; e 4) se frustrar os fins da execução ou não pagar, quando possível, a multa cumulativamente imposta.

Ocorre que, no tocante à prática de falta grave, a regressão de regime é apenas uma das diversas sanções aplicáveis ao sentenciado, cuja competência, como visto, é do juiz da Vara de Execuções Penais. Assim, o supracitado dispositivo trata apenas do direito do preso de ser ouvido previamente antes da decisão final acerca da regressão.

Impende ressaltar, por oportuno, que, não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o preceito normativo nem sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1º Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes, em que participaram todas as autoridades responsáveis pela execução penal, ficou estabelecida a seguinte diretriz:

ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado.

Ademais, mesmo que se entenda que somente o juiz possa ouvir o apenado nessas hipóteses, não se pode perder de vista que antes de ser aplicada qualquer sanção disciplinar pela prática de falta grave, conforme dispõe expressamente os artigos da Lei de Execução Penal, deve ser instaurado o devido procedimento administrativo pelo diretor do presídio, a fim de apurar o cometimento da conduta faltosa pelo preso, aplicando-lhe as sanções de sua responsabilidade, com observância do disposto no art. 57 da LEP: "Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica.

Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.

Nota-se que os procedimentos não se confundem. Ora, se de um lado, o PAD visa apurar a ocorrência da própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa; de outro, a oitiva do apenado tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida a falta grave pelo diretor do presídio.

Com efeito, conquanto a execução penal seja uma atividade complexa, pois desenvolve-se nos planos jurisdicional e administrativo, da leitura dos dispositivos da Lei de Execução Penal, notadamente do seu art. 66, que dispõe sobre a competência do juiz da execução, conclui-se que não há nenhum dispositivo autorizando o magistrado instaurar diretamente procedimento judicial para apuração de falta grave.

Assim, embora o juiz da Vara de Execuções Criminais possa exercer, quando provocado, o controle de legalidade dos atos administrativos realizados pelo diretor do estabelecimento prisional, bem como possua competência para determinadas questões no âmbito da execução penal, não lhe é permitido adentrar em matéria de atribuição exclusiva da autoridade administrativa, no que concerne à instauração do procedimento para fins de apuração do cometimento de falta disciplinar pelo preso, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, assenta a doutrina especializada ao analisar o art. 47 da LEP:

O presente dispositivo estabelece que o poder disciplinar, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. E esse exercício pressupõe, evidentemente, a instauração do procedimento e a consequente decisão. Não pode o Juiz, bem por isso, invadir a esfera de atribuição dada ao administrador pela lei, sob pena de substituir por critérios próprios a opção dele quanto ao mérito administrativo. Só é dado ao Magistrado intervir para examinar a legalidade do ato, afastando vícios e resguardando direitos.

(JULIOTTI, PEDRO de JESUS. **Lei de Execução Penal anotada**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 79)

Por esses motivos, é que não há se falar em violação ao art. 563 do Código de Processo Penal, sob a alegação de ausência de prejuízo pela inexistência do PAD em razão da oitiva do apenado perante o juiz da execução, porquanto a defesa do sentenciado nessa audiência possui finalidade totalmente distinta – e muito mais restrita – daquela legalmente conferida ao procedimento administrativo disciplinar, a qual deve ser realizada, necessariamente, no âmbito do estabelecimento prisional, e não em Juízo.

Trata-se, na verdade, de estrita obediência à legislação infraconstitucional, sendo certo que a lei não contém palavras inúteis, não sendo possível, portanto, afastar a determinação legal expressa, sob o precipitado argumento de ausência de prejuízo.

Na hipótese dos autos, conforme se verifica do acórdão impugnado, o Juíz da Vara de Execução Penal instaurou procedimento judicial para apurar o cometimento de falta grave pelo detento e, após a manifestação da defesa e do Ministério Público na audiência de justificação, reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinando a regressão do ora paciente para o regime semiaberto e a perda dos dias remidos.

Assim, o referido procedimento encontra-se em total descompasso com os dispositivos da Lei de Execução Penal, porquanto o magistrado usurpou a atribuição exclusiva do diretor do presídio para apuração e reconhecimento da falta grave.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, preservou tal decisão.

Em reforço, tem-se que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.378.557/RS, de minha relatoria, pacificou o entendimento no sentido de ser imprescindível a instauração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo administrativo disciplinar para a apuração do cometimento de falta grave no âmbito da execução penal, assegurado o direito de defesa.

O acórdão ficou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Recurso especial não provido.

Diante do exposto, não conheço da impetração. Concedo, contudo, **habeas corpus** de ofício para, cassar o acórdão impugnado e a punição administrativa, sem prejuízo de que o diretor do estabelecimento prisional instaure o procedimento administrativo, a fim de apurar a falta disciplinar praticada pelo paciente, assegurando-lhe o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0362285-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.014 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02780899220138217000 05774832520128217000 2780899220138217000
5774832520128217000 70052708849 70055534622

EM MESA

JULGADO: 20/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SIDNEI OSCAR DE QUEIROZ

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.