

Recurso de Agravo n. 2014.042455-7, de Joinville  
Recorrente : Ministério Público do Estado de Santa Catarina  
Promotora : Dra. Mariana Pagnan da Silva (Promotora de Justiça)  
Recorrido : Miguel Borges Junior  
Advogados : Drs. Laércio Doalcei Henning (20992/SC) e outro  
Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

### DECISÃO MONOCRÁTICA

1 Na comarca de Joinville, o Ministério Público interpôs recurso de agravo contra a decisão proferida pelo juiz de direito da 3.<sup>a</sup> Vara Criminal daquela comarca que, nos autos do PEC n. 038.11.034850-5, não reconheceu a prática de falta grave pelo apenado Miguel Borges Junior.

Alega o agravante, em síntese, que as provas colhidas na fase administrativa – oitiva dos agentes penitenciários – bem ainda aquela produzida em juízo, na audiência de justificação, deixam clara a participação do agravado em movimento instaurado para subverter a ordem e a disciplina internas, impondo-se o reconhecimento da falta grave, a teor do art. 50, I e IV, da Lei de Execução Penal, com a consequente perda de 1/3 dos dias remidos.

Nas suas contrarrazões, o agravado pugnou pela manutenção do *decisum* (fls. 52-57) que, em juízo de retratação, foi mantido pelo togado *a quo* (fl. 59).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoni, que opinou pelo provimento do recurso (fls. 64-69).

É o relatório.

2 Inere-se dos documentos que instruem o recurso que, em 11.4.2013, o gerente do Presídio Regional de Joinville determinou, por meio da Portaria n. 019/2013, a instauração de Incidente Disciplinar a fim de apurar a prática de falta grave pelo reeducando Miguel Borges Júnior. Nesse procedimento, além do agente penitenciário que comunicou os fatos ensejadores da suposta falta grave, foi ouvido o detento. Todavia, sua oitiva se deu sem o acompanhamento de advogado ou defensor público (fl. 21/verso).

Não se pode olvidar que o reconhecimento da prática de falta grave encerra diversas consequências que repercutem sobremaneira na liberdade do reeducando e, bem por isso, a ele devem ser assegurados todos os meios de defesa.

A Lei de Execução Penal, em seu art. 59, estabelece que para a apuração da falta disciplinar "deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa".

E o direito de defesa, aqui, deve ser entendido na sua acepção mais ampla, compreendendo não apenas a autodefesa, mas também a defesa técnica, cabendo destacar que a própria Lei de Execução Penal assegura ao apenado a

assistência jurídica, dentro e fora do estabelecimento penal (art. 16).

Renato Marcão, sobre a necessidade de observância das garantias constitucionais nos procedimentos afetos à execução penal, discorre:

A execução penal reclama a observância de diversos princípios, dentre eles alguns de *status* constitucional.

Os elevados princípios da ampla defesa e do contraditório têm lugar destacado no processo de execução, muito embora na prática a constatação seja bem diversa.

A regressão de regime prisional é medida judicial de intensa gravidade que afeta os destinos da execução e revela-se extremamente danosa aos interesses do condenado. De tal sorte, antes de sua efetivação é imperioso proceder à oitiva deste, permitindo-lhe o exercício pleno de sua mais ampla defesa, observado, ainda, o contraditório constitucional. O desrespeito a tais princípios acarreta flagrante e odioso constrangimento ilegal.

[...]

Importante enfatizar, por fim, que para que a defesa seja realmente ampla e efetiva é indispensável a presença da defesa técnica, a ser exercida por profissional habilitado (advogado, defensor público, procurador do Estado). (*Curso de execução penal*. 11. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199-201).

Comungando do mesmo entendimento, Ricardo Andreucci salienta que, "para a apuração de faltas e aplicação das sanções, há necessidade de instauração de procedimento disciplinar, assegurado ao condenado o direito de defesa" inclusive com observância do contraditório, facultando "ao condenado ampla defesa, inclusive com o patrocínio de advogado" (*Legislação Penal* . 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326).

Em oportunidades anteriores, este órgão fracionário, fazendo coro com posicionamentos das cortes superiores, entendeu ser dispensável a defesa técnica no procedimento disciplinar prévio, tendo em vista que esta se daria posteriormente em juízo, durante a audiência de justificação.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1378557, representativo de controvérsia, consolidou posição no sentido de ser indispensável, mesmo no procedimento administrativo, o acompanhamento por advogado ou defensor público. Da ementa do referido acórdão, se extrai:

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 desse novo paradigma, e atentos à sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), os integrantes desta Câmara passaram a adotar o posicionamento da Corte Superior, assentando em julgados recentes:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE NEGOU A PRODUÇÃO DE PROVAS NO INCIDENTE DE REGRESSÃO DE REGIME, À EXCEÇÃO DA OITAVA DO REEDUCANDO. INSURREIÇÃO DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD - QUE, APESAR DE INSTAURADO, NÃO RESTOU ACOMPANHADO PELA DEFESA TÉCNICA. IMPRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARTIGOS 47, 48 E 59, TODOS DA LEI N. 7.210/1984 - LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. VIOLAÇÃO. ARTIGO 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE QUE SE DECLARA DE OFÍCIO. "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" (Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 1.378.557/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, j. 23 de outubro de 2013). RECURSO PREJUDICADO (Recurso de Agravo n. 2014.049941-3, de Chapecó, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 21.8.2014).

Cabe anotar que tal posicionamento não vai de encontro à Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Isso porque, conforme consignado recentemente pela própria Corte Suprema, "a análise dos precedentes que renderam ensejo à edição do verbete revela não se fazer ligado ao processo disciplinar estabelecido na Lei de Execução Penal." (STF, Reclamação n. 9.339/SP, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJe. 19.9.2014)

Assim, no caso dos autos, constatada a ofensa à ampla defesa, impõe-se reconhecer a nulidade do procedimento desde a ouvida do apenado na fase administrativa, determinando-se o refazimento do ato na presença do defensor público nomeado para atuar em sua defesa.

Cabe anotar, por oportuno, que a anulação do procedimento não obsta o posterior reconhecimento da falta grave, pois após o regular processamento do feito, com observância de todas as garantias constitucionais, poderá o togado concluir por sua caracterização.

3 Diante do exposto, aplicando analogicamente o art. 557, §1.º-A, do Código de Processo Civil, de acordo com o que faculta o art. 3.º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso para acolher a preliminar, reconhecendo a nulidade do incidente disciplinar e dos atos a ele subsequentes, determinando o seu refazimento e ficando prejudicadas as demais teses recursais.

Intime-se.

Cumpra-se.

Após, archive-se.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2015.

Roberto Lucas Pacheco  
RELATOR