

RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **FABIANO COUGO**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz, que dava provimento ao recurso especial.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça assim ementado (fl. 148):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. FUGA. AUSÊNCIA DE PAD. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE, COM IMPOSIÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA SEXTA CÂMARA CRIMINAL.

'Não se aplica qualquer sanção judicial à falta disciplinar se não foi ela apurada em processo administrativo disciplinar. Mesmo que o art. 118 da Lei de Execuções Penais autorize o julgador a regredir o regime prisional do apenado, condiciona a referida providência a determinadas hipóteses, nenhuma delas atinentes ao caso dos autos, porquanto não se trata da prática de fato definido como crime doloso ou de condenação por delito anterior e o procedimento destinado a apurar a falta grave não foi instaurado. Embora o § 1º possibilite a gradação prisional negativa do condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto, exige o implemento das condições postas nos incisos do art. 118 da Lei de Execução Penal somadas à frustração dos fins da execução ou ao não pagamento, podendo, da multa cumulativamente imposta, o que não se verifica no caso presente, em especial no tocante aos incisos da norma legal mencionada.' (Agravo nº 70043618628, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, julgado em 6/10/2011).

DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO, DESCONSTITUINDO A DECISÃO HOSTILIZADA.

RECURSO PREJUDICADO.

No presente recurso, o Ministério Público alega violação dos arts. 59 e 118, inciso I e parágrafo 2º, ambos da Lei de Execução Penal, bem como do art. 563 do Código de Processo Penal, sustentando, em síntese, que "tendo havido procedimento na esfera judicial, na qual o apenado foi assistido pela Defensoria Pública, prescinde-se de procedimento administrativo disciplinar para a apuração do cometimento de falta grave", ressaltando-se, ainda, que "não se declara a nulidade de ato processual sem a

Superior Tribunal de Justiça

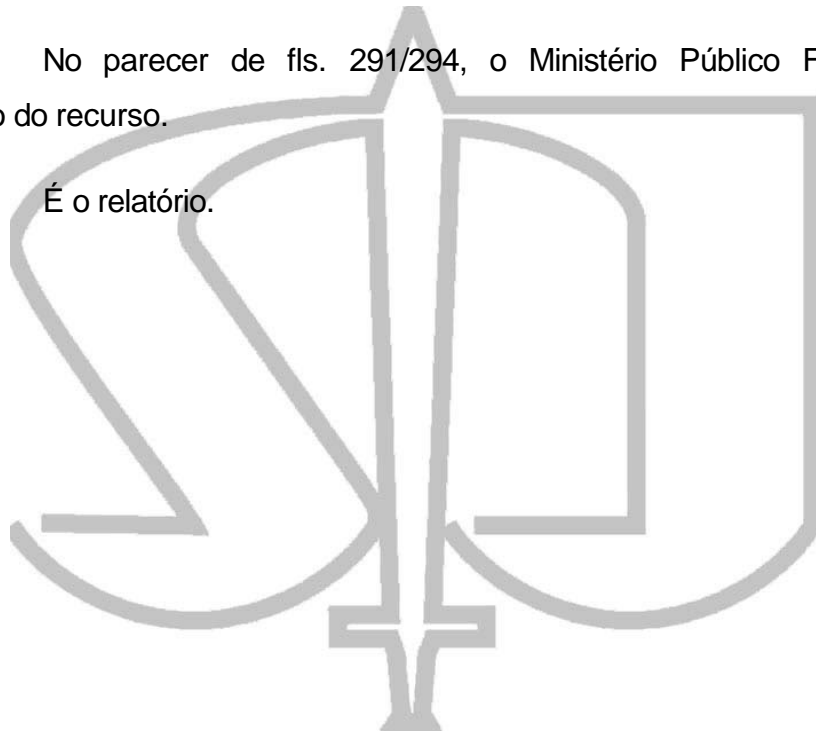
comprovação de prejuízo, ônus que, na espécie, cabia à defesa" (fls. 162/171).

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 188/190.

Às fls. 215/216, admiti o presente recurso especial como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, em razão da multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria debatida, qual seja, a necessidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

No parecer de fls. 291/294, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame de mérito do presente recurso especial.

Conforme relatado, a questão debatida nos autos cinge-se em saber se é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) para fins de reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

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 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 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)

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 (REsp 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 disciplinar, também é dispensável o acompanhamento do apenado por advogado, porquanto a garantia do contraditório e

Superior Tribunal de Justiça

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 do Pretório Excelso, 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 reconhecera 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 (fls. 150/153):

O agravante está a cumprir sete (07) anos, nove (09) meses e quinze (15) dias de reclusão, soma de penas que lhe foram impostas em seis condenações. Iniciou em 4.2.2006, no regime semiaberto. Registrou cinco episódios de fuga. Por ocasião da última, após audiência de justificação, sobreveio decisão assim fundamentada:

(...) Apreciando o procedimento constato que as alegações do preso não justificam a fuga, pois tinha ciência de que não poderia retirar-se da casa em que recolhido, furtando-se ao cumprimento da pena que lhe foi cominada. Portanto, comprovada e não justificada a fuga, impõe-se o reconhecimento de falta grave, notadamente porquanto inexiste qualquer diferenciação legal entre a fuga do sistema prisional ou a burla ao sistema carcerário, consistente na não reapresentação, eis que nas duas hipóteses resta frustrada a execução penal. Menciono, ainda, que problemas familiares ou com a massa carcerária não justificam a conduta, mormente quando não há a imediata apresentação espontânea. De referir, por oportuno, que há reiteração de fugas no curso da execução (cinco), o que configura ausência de senso de responsabilidade e disciplina e desautoriza o cumprimento da reprimenda em regime menos gravoso. Isso posto, reconheço a falta grave, mas deixo de determinar a regressão à regime mais gravoso, porquanto o apenado já se encontra cumprindo pena em regime fechado. Declaro a alteração da data-base de benefícios para a data da recaptura (10.08.2011). (...)

A defesa se insurge, a referir que a falta grave não restou caracterizada e, que a alteração da data-base carece de amparo legal. Pede reforma da decisão.

Tenho que razão lhe assiste, mas por fundamento diverso.

Explico.

Veja-se que não foi realizado procedimento administrativo disciplinar e, portanto, não houve decisão administrativa nem aplicação de sanção disciplinar. Ainda assim, o ilustre Julgador de primeiro grau reconheceu a ocorrência de falta grave. Todavia, isso não era possível. Não é dado ao juiz da execução exercer o poder disciplinar administrativo e aplicar sanções administrativas, como reiteradamente tem afirmado a jurisprudência desta Sexta Câmara Criminal.

Sobre a dispensa do PAD, carece observar que o artigo 22, inciso III –, do RDP, aprovado pelo Dec. nº 46.534/2009, com a redação que lhe deu o Dec. nº 47.594/2010, contraria o disposto no artigo 59 da Lei nº 7.210/1984, sendo manifestamente ilegal. **A instauração de procedimento administrativo disciplinar deve necessariamente preceder a aplicação de sanção disciplinar, e esta deve ser feita pelo Administrador do Presídio.**

Ao juiz da Vara das Execuções Criminais não é dado exercer o poder disciplinar de modo supletivo nem aplicar sanções judiciais ou legais com base em falta grave não reconhecida pela forma prevista em lei, com violação de garantias constitucionais.

A sanção disciplinar constitui ato administrativo vinculado, indispensavelmente precedido de procedimento administrativo em que deve ser garantido o direito de defesa, na forma do que dispuser o regulamento, delegação legislativa autorizada pelo artigo 24, inciso I, da Constituição Federal. Não é autorizado

dispensar esse procedimento, e deve-se garantir o devido processo legal, na forma da Constituição Federal.

(...)

Não carece dizer mais.

POSTO ISSO, voto no sentido de, preliminarmente e de ofício, reconhecer a nulidade da decisão e desconstituí-la, determinando a reposição do **status quo ante**, julgando prejudicado o recurso.

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 nº 7.210/84, 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**, 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, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7ª 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 visto, são de atribuição exclusiva do diretor do presídio.

Superior Tribunal de Justiça

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 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, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª 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 preventiva 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 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 de execução penal 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 nº 434.059); fiscal (AI nº 207.197); disciplinar-estatutário militar (RE nº 244.027); e tomada de contas especial (MS nº 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 nº 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.

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 nº 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

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 nº 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 nº 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

DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES,
DA CLASSIFICAÇÃO DA CONDOTA 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 seqüência 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.

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

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

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 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 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 sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1ª 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 de 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 artigo 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 conseqüente 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 termo de audiência às fls. 20/22, o Juiz da Vara de Execução Penal da Comarca de Porto Alegre/RS, notificado da recaptura do apenado Fabiano Cougo, 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 alteração da data-base para futuros benefícios, deixando, contudo, de regredi-lo para o regime mais gravoso, tendo em vista que o apenado já se encontrava no regime fechado.

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, valendo ressaltar, ainda, que sequer havia a necessidade de realização dessa audiência judicial, em razão da impossibilidade de regressão do regime carcerário, não sendo a hipótese, por conseguinte, sequer de aplicação do art. 118, inciso I e § 2º, da Lei nº 7.210/1984.

Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, reconheceu a nulidade da referida decisão, por ausência de instauração do devido procedimento administrativo disciplinar, impondo-se, assim, a manutenção do acórdão recorrido, porquanto proferido em consonância com os ditames da legislação infraconstitucional ora analisada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão recorrido em sua integralidade.

Por último, para os fins do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, voto no sentido de resolver a tese jurídica nos seguintes termos:

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.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, ouvi, com muita atenção, a sustentação oral da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Gomes, e também ouvi, atentamente, o substancial voto do Sr. Ministro Relator. Como S. Exa. deixa claro, em seu voto, os precedentes da Sexta Turma orientam-se no sentido do seu voto. S. Exa., inclusive, cita um precedente de minha relatoria, no qual entendi imprescindível a instauração do processo administrativo disciplinar e a necessidade da defesa técnica, em processo administrativo disciplinar, concluindo, à luz de precedente do Supremo Tribunal Federal, que, nessa hipótese, não se aplica a Súmula Vinculante n. 5, já que a sua aplicação restringe-se a processo administrativo não criminal. Cito precedente do Ministro Gilmar Mendes, nesse sentido.

O voto do Sr. Ministro Relator é exaustivo. Só quero acrescentar algo que S. Exa. já afirmou, mas que, para mim, esclarece devidamente o assunto: a lei não tem palavras inúteis. E o art. 59 da Lei de Execução Penal dispõe: praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado direito de defesa. No parágrafo único, dispõe: a decisão será motivada.

No art. 59 da Lei de Execução Penal é estabelecido todo um procedimento para a apuração de falta de natureza disciplinar.

O eminente Relator examina, detalhadamente, o assunto, à luz do art. 118 da Lei de Execução Penal, que tem gerado essa perplexidade de interpretação, mas demonstra que, efetivamente, a oitiva do apenado, para fins de regressão do regime, quando pratica ele falta grave ou comete crime doloso, representa um controle posterior de legalidade do ato administrativo, praticado pelo diretor do presídio, em anterior Processo Administrativo Disciplinar.

No caso, como esclareceu S. Exa., não houve prévia instauração de Processo Administrativo Disciplinar. O próprio Juiz é que apurou toda a suposta falta.

Em função disso, com base nos fundamentos elencados pelo Sr. Ministro Relator, não tenho dúvida em acompanhá-lo.

Nego provimento ao Recurso Especial, mantendo o acórdão recorrido, em sua integralidade. Por último, para os fins do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, voto no sentido de resolver a tese jurídica, nos seguintes termos: para 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr. Presidente, também me associo aos Colegas que me antecederam, para registrar a majestade do voto do Sr. Ministro Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, sobretudo por haver bem delineado a questão em todos os seus aspectos.

Apenas faria, uma ponderação sobre um trecho do voto em que S. Exa. afirma que a matéria discutida diz respeito eminentemente à interpretação da legislação infraconstitucional, sendo, portanto, nos termos da Constituição, da competência do STJ dar a última palavra. A questão é legal, evidentemente, pela aplicação da LEP, porém, o próprio voto também se assenta em aspectos constitucionais, notadamente o principal, que é o da reconhecida violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório, que são previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Portanto, vejo também a matéria como constitucional. Apenas um registro de pessoal consideração.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Sr. Presidente, todos sabemos que a matéria não é tão simples assim. Temos uma jurisprudência de vários anos consolidada na Quinta Turma, desde o início de sua constituição.

Veja que estou na Quinta Turma há mais de 12 anos, sou jovem, mas estou aqui há mais de 12 anos. Desde a época em que a Turma era formada por ilustres penalistas da estirpe do Ministro Felix Fischer, e outros que já passaram pela Quinta Turma. Sempre mantivemos o entendimento da desnecessidade de se instaurar um procedimento chamado de administrativo quando há instauração de outro procedimento, com a oitiva do preso e a presença de advogado, em que lhe é assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Qual a necessidade, então, do procedimento administrativo se a finalidade dos princípios assegurados na Constituição foi garantida naquele outro? Então, fico preocupada com os entraves na apuração de falta grave, em presídio, até pela dificuldade de se instaurar um procedimento, chamado de administrativo, quando outros procedimentos, vamos dizer assim, são instaurados.

Abrindo nossa jurisprudência, detectei cento e vinte e uma decisões recentes sobre o tema. Temos uma decisão da Quinta Turma, aprovada por maioria de votos em 04 de junho de 2013, em que o eminente Relator Ministro Campos Marques diz assim: "*O art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento da referida infração, que é a falta grave, mas exige a realização de audiência de justificação que possibilite oitiva prévia do sentenciado, garantindo, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa*".

Julgamos com a presença de todos os Membros da Quinta Turma.

Passo a um recente caso do atual, moderno e jovem Ministro Moura Ribeiro julgado no mesmo sentido, um dos primeiros da minha lista. Sua Excelência verificou a existência de um procedimento de justificação com ampla defesa, oitiva do sentenciado, do penitente, como gosto sempre de chamar, e entendeu que ali não havia necessidade de se instaurar um procedimento administrativo. No caso dos autos, o Ministro disse que todas essas garantias lhe foram asseguradas dentro de um procedimento de justificação instaurado pelo magistrado.

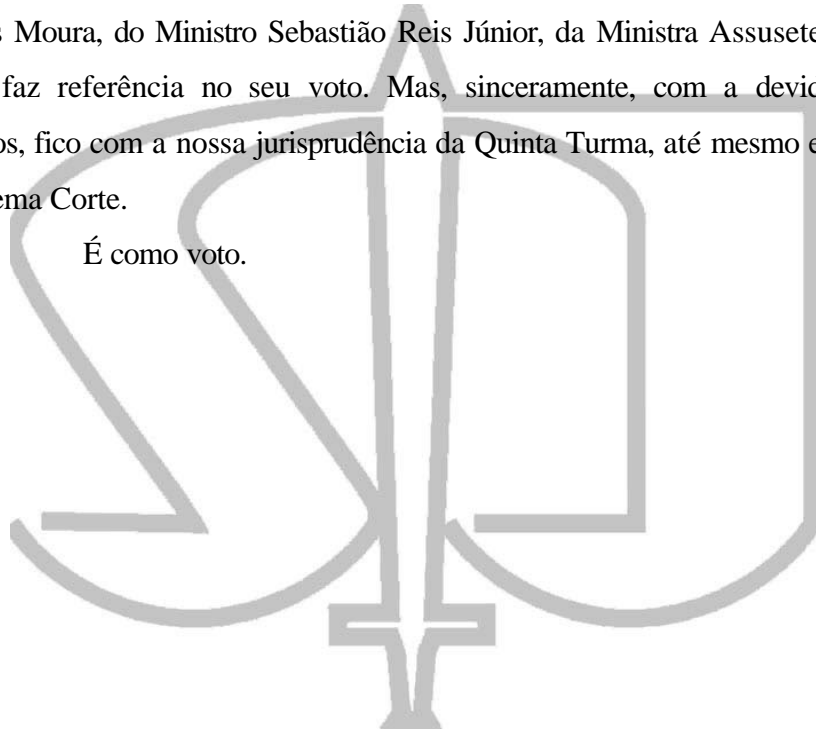
Superior Tribunal de Justiça

A Lei de Execução não é tão clara nesse sentido. Se fizermos uma leitura do art. 118, inciso I, combinado com o § 2.º, chegaremos à conclusão de que os nossos votos não foram prolatados sem uma fundamentação jurídica.

Então, realmente, fico preocupada com o reconhecimento de nulidade nesses casos. Não faz sentido reconhecer a nulidade desse procedimento administrativo quando tudo o que a lei, a Constituição Federal e os princípios constitucionais exigem restou assegurado.

Estou vendo que a decisão já está formada, já está concluída. Nesses cento e vinte e um julgados que analisei, certamente há decisões divergentes da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Ministro Sebastião Reis Júnior, da Ministra Assusete Magalhães, o próprio Relator faz referência no seu voto. Mas, sinceramente, com a devida vênua dos votos já proferidos, fico com a nossa jurisprudência da Quinta Turma, até mesmo embasada nas decisões da Suprema Corte.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2013/0128491-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.378.557 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1719488320128217000 20507391617 20600075282 2070014138 20700830139
20800765975 20900310252 3655515920128217000 40867764 502057 70048653570
70050599596

PAUTA: 23/10/2013

JULGADO: 23/10/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : FABIANO COUGO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

A Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz, que dava provimento ao recurso especial.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Rogerio Schiatti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.