



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sétima Câmara Criminal

Agravo em Execução nº 5011095-57.2021.8.19.0500

Agravante: LUCIANO SILVEIRA DE JESUS

Defesa: Dra. Luciana Gaspar Freitas, OAB/RJ 132.407

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Vara de Origem: VARA DE EXECUÇÕES PENAIS

Relator: JDS DES. ANDRÉ RICARDO DE FRANCISCIS RAMOS

ACÓRDÃO

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. DEFESA QUE SE INSURGE EM FACE DA DECISÃO EXARADA PELO R. JUÍZO DA VEP QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PAD INSTAURADO EM FACE DO ORA AGRAVANTE E DETERMINOU A REALIZAÇÃO DO CÁLCULO REMANESCENTE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME, A PARTIR DA DATA DA PRÁTICA DA FALTA DE NATUREZA GRAVE – DATA CONSTANTE PARA INICIAR NOVO PRAZO PARA PROGRESSÃO DE REGIME: 03/10/2019.

A oitiva do ora agravante, perante a Comissão de Classificação, foi colhida na ausência de advogado particular ou de Defensor Público. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 5, estabeleceu que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal”. Entretanto, o Plenário do Pretório Excelso, em julgamento do RE nº.398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade do referido verbete sumular aos procedimentos administrativos destinados a apuração de falta grave. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Indiscutível que a nulidade se encontra configurada, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. **RECURSO PROVIDO para declarar nulo o Processo Administrativo Disciplinar E-21/018/251/2019** (Parte Disciplinar 135/2019) por inobservância aos ditames legais e constitucionais



vigentes, e, por conseguinte, cassar a decisão do juízo da execução que, em razão dele, determinou a realização do cálculo remanescente para fins de progressão de regime, a partir da data da prática da falta de natureza grave – data constante da decisão: 03/10/2019.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de execução penal nº **5011095-57.2021.8.19.0500**, sendo agravante LUCIANO SILVEIRA DE JESUS e agravado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **UNANIMIDADE**, em conhecer e **DAR PROVIMENTO** ao Agravo de Execução Penal para declarar a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, por inobservância aos ditames legais e constitucionais vigentes, e, por conseguinte, cassar a decisão do juízo da execução que, em razão dele, determinou a realização do cálculo remanescente para fins de progressão de regime, a partir da data da prática da falta de natureza grave – data constante da decisão: 03/10/2019 -, nos termos do voto do Desembargador Relator. Oficie-se, com urgência, à VEP.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal interposto pela Defesa de LUCIANO SILVEIRA DE JESUS, RG 33.179.588-0.

Em suas razões, a agravante sustenta, em síntese, que o procedimento acima citado contou com graves violações à ampla defesa e ao contraditório, especialmente por não estar o apenado acompanhado de advogado ou defensor público quando de sua oitiva no PAD, bem como a ausência de crime cometido pelo acusado, tendo em vista que nenhum celular foi arrecadado na sua posse e que a condenação do apenado ocorreu exclusivamente com base em sua narrativa, única prova colhida no PAD.

Assim, requer a anulação do procedimento administrativo declarando-se a nulidade do referido PAD (juntado na pasta 46, fls. 02/13) e, por fim, que seja desconsiderada a interrupção do prazo para progressão de regime, em razão da desproporcionalidade da punição (pasta 02, fls. 11/12).

Decisão recebendo o recurso interposto (pasta 02, fls. 26).

Contrarrazões do Ministério Público pelo desprovimento do recurso (pasta 02, fls. 34/36).

Em sede juízo de retratação, a decisão foi mantida (pasta 02, fls.37).

A douta Procuradora de Justiça, Dra. Claudia Baldan Cabral dos Santos Siqueira, opinou no sentido do desprovimento do recurso (pasta 64).

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente Agravo.

Da análise dos autos, ciente de que existem vozes divergentes, às quais peço mil vênias, verifico assistir razão ao agravante.

Em 09/10/2019 foi aberto Processo Disciplinar de número E-21/018/251/2019 em face do ora agravante, por suposto cometimento de falta grave. Da leitura do PAD, tem-se:

“Parte disciplinar nº 135/2019, datada de 03/10/2019
Galeria B-7, C-13

PARTICIPO QUE O INTERNO LUCIANO SILVEIRA DE JESUS, RG 33.179+588-0, VULGO “GAÚCHO”, POR CONTA DE UM PROCEDIMENTO DE GERAL COMANDADO PELA COORDENAÇÃO PG REALIZADO NA GALERIA B-7, CUBÍCULO 13, ONDE FORAM ENCONTRADOS 05 (CINCO) APARELHOS DE TELEFONIA MÓVEL. O REFERIDO INTERNO ASSUMIU SER PROPRIETÁRIO DO MATERIAL ENCONTRADO EM SEU CUBÍCULO”

A oitiva do interno, ora agravante, foi colhida em 04/10/2019, na ausência de advogado particular ou Defensor Público e se deu, nos seguintes moldes (pasta 02, fls. 02):

“Aos quatro dias do mês de outubro do ano de dois mil e dezenove, compareceu perante a Comissão Técnica de classificação o interno **LUCIANO SILVEIRA DE JESUS, RG 33.179.588-0**, perguntado se tem advogado particular, disse que sim, ficando cientificado ao interno que se seu patrono não comparecer no prazo de 72 horas para retirada dos documentos que se refere sua defesa, esses documentos serão entregues à Defensoria Pública desta UP; perguntado se sabe ler e escrever, respondeu que sim; perguntado se está sendo coagido a dar este termo de declaração, respondeu que não; perguntado se é verdadeiro o fato ocorrido e descrito na Parte Disciplinar nº 135/2019, respondeu que sim; perguntado se o telefone celular encontrado é de sua propriedade, respondeu que sim; perguntado se faz ou já fez uso de telefone celular no interior da Unidade para se conectar em redes sociais, respondeu que não. Perguntado se já respondeu a alguma CTC, respondeu que não. Perguntado há quanto tempo está preso nessa UP, respondeu que há mais ou menos 2 anos. Perguntado se recebe visitas, respondeu que sim. Perguntado se sabe de algum

funcionário que facilitou a entrada desses materiais nessa UP, respondeu que não sabe. Perguntado se tem conhecimento que é proibido portar, utilizar celular dentro das unidades prisionais e que enseja falta disciplinar de natureza grave, respondeu que sim. Perguntado por qual crime foi preso, respondeu que homicídio. Perguntado se tem algo mais a declarar, respondeu que não. Como nada mais disse e nem lhe foi perguntado, segue o presente termo assinado pelo declarante e os demais membros desta Comissão.”

Após sua oitiva, foi apresentada defesa escrita pela Defensoria Pública (pasta 02, fls. 04/05), mas a Comissão Técnica de Classificação entendeu, por unanimidade, que o interno havia cometido falta de natureza grave ao infringir o artigo 50, VII, da Lei de Execuções Penais, sugerindo a sanção disciplinar de 30 dias de isolamento em cela própria e rebaixamento do índice de comportamento do apenado para o negativo por 180 dias (pasta 02, fls. 06), além da perda de regalias, conforme art. 62, I, III e IV do RPERJ. Em 24/10/2019, o Diretor da unidade prisional resolveu aplicar a sanção sugerida pela CTC ao ora agravante (pasta 02, fls. 07).

O juízo da execução entendeu legal o procedimento disciplinar em análise e determinou a realização do cálculo remanescente para fins de progressão de regime, a partir da data da prática da última falta de natureza grave – data constante da decisão: 03/10/2019.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 5, dispõe que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal”. Entretanto, o Plenário do Pretório Excelso, em julgamento do RE nº.398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJE 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade da mesma aos procedimentos administrativos destinados a apuração de falta grave.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, com destaques meus:

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FALTA DE NATUREZA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I – (. . .). II -
"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**" (REsp

n. 1.378.557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/2014, grifei). III - **O Plenário do Col. Pretório Excelso, em julgamento do RE n. 398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 aos procedimentos administrativos disciplinares realizados em sede de execução penal, ressaltando a imprescindibilidade da defesa técnica nesses procedimentos, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aos ditames da LEP e à legislação processual penal.** IV - A oitiva de testemunhas no procedimento administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta grave supostamente praticada no curso da execução penal sem a presença de defesa técnica, viola os princípios do contraditório e da ampla defesa e configura causa de nulidade absoluta do PAD. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício, para declarar nulo o PAD n. 055/2017/PMEI, sem prejuízo de que nova apuração seja instaurada, dentro do prazo prescricional, observando-se as garantias constitucionais e legais do sentenciado**” (HC 484815qrs – Min. Felix Ficher – 5ª Turma – Data do Julg. 11.04.2019 – Data da Publicação 22.04.2019).

“EXECUÇÃO PENAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA GRAVE RECONHECIDA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. MERO PROCEDIMENTO FORMAL VÍCIO RECONHECIDO. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO E POR CONSEQUÊNCIA DA FALTA RECONHECIDA. SÚMULA 533 DO STJ - RECURSO PROVIDO. O reconhecimento da prática pelo apenado de falta grave no curso do processo de execução penal reclama prévio procedimento administrativo disciplinar com observância do contraditório e da ampla defesa, inclusive com a presença de efetiva e concreta defesa técnica (Súmula 533, do STJ). Penso que não cabe ao judiciário o exame da prova da infração reconhecida no procedimento referido, apenas devendo ser observado se foram asseguradas ao investigado as garantias constitucionais próprias de qualquer sistema punitivo. Na hipótese, como reconhecido pela Procuradoria, tudo indica que apenas houve aparente procedimento apuratório, porquanto o apenado foi ouvido sozinho, apesar de ter dito que possuía advogado, advindo o reconhecimento da falta em decisão proferida no mesmo dia em que foi apresentada a defesa escrita, não tendo a decisão feito qualquer referência aos temas trazidos na peça entregue em favor do apenado, o que indica a falta de motivação (artigo 59, parágrafo único, LEP). Recurso provido para anular o PAD e a falta grave dele decorrente, devendo o juiz da execução reexaminar eventual benefício requerido sem considerar aquela falta grave ora anulada.” (Agravo em Execução Penal nº 0223814- 59.2017.8.19.0001, Primeira Câmara Criminal, Relator Des. Marcus Henrique Pinto Basílio, julg. 17/07/2018);

EMENTA. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. EVASÃO POR OCASIÃO DA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO DA VPL. FALTA GRAVE APURADA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DECISÃO DA VEP REGREDINDO O REGIME DO APENADO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA QUE ALEGA JUSTIFICATIVA IDÔNEA NA CONDUTA, PRESCRIÇÃO NA APURAÇÃO DA FALTA, AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO DE REGRESSÃO DE REGIME E AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. 1. Quanto à alegada prescrição, inocorrência. De fato, por inexistir legislação específica sobre a prescrição da pretensão de apuração de falta disciplinar, aplica-se, por analogia, os prazos do artigo 109 do Código Penal, com a incidência do menor lapso previsto, ou seja, três anos, conforme disposto no inciso IV do referido artigo. No caso em comento, a evasão se deu em dezembro de 2019, sendo aplicada sanção disciplinar em novembro de 2020 e regressão de regime em janeiro de 2021, não sendo vislumbrada hipótese de prescrição. **2. Noutro giro, entende-se pela nulidade do Procedimento Disciplinar Administrativo, pois, ainda que tenha sido o apenado advertido sobre seu direito ao silêncio, manifestou necessidade de assistência da Defensoria Pública que, no entanto, não lhe foi garantida, conforme preceitua o artigo 59 da LEP e dispõe a Súmula 533 do STJ. A despeito de a Súmula Vinculante nº. 5 do STF dispor que a ausência de advogado constituído não importa em nulidade do PAD, o Plenário do Pretório Excelso, em julgamento do RE nº.398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade da mesma aos procedimentos administrativos destinados a apuração de falta grave. Tal entendimento se justifica ante a possibilidade de interferência do direito de ir e vir do apenado, razão pela qual a presença de advogado constituído, ou de Defensor Público nomeado, é essencial para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Destarte, ainda que não arguida pela defesa, impõe-se, de ofício, a declaração de nulidade do PAD, por inobservância aos ditames legais e constitucionais vigentes.** 3. Impõe-se a cassação da decisão que deferiu a regressão de regime do semiaberto para o fechado, não só em consequência da nulidade do PAD como também pela ausência de oitiva prévia. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que, nas hipóteses em que o reconhecimento de falta grave acarreta a regressão definitiva do regime, deve ser observado o disposto no §2º do artigo 118 da LEP, ou seja, exige-se a oitiva prévia do apenado. Precedente: AgRg no REsp 1928971/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021. **AGRAVO PROVIDO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DECLARADO NULO, DE OFÍCIO.** (Agravado em Execução Penal 5008198-56.2021.8.19.0500, Sétima Câmara Criminal, Relatora Des. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, julg. 09/12/2021) grifei;

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. DEFESA QUE SE INSURGE EM FACE DA DECISÃO EXARADA PELO R. JUÍZO DA VEP QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO EM FACE DO ORA AGRAVANTE E QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DO CÁLCULO DA FRAÇÃO NECESSÁRIA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE RÉGIME, A PARTIR DA DATA DA PRÁTICA DA FALTA DE NATUREZA GRAVE APURADA NO REFERIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. A oitiva do ora agravante, perante a Comissão de Classificação, foi colhida na ausência de advogado particular ou Defensor Público. Não foi advertido ao interno acerca do seu direito ao silêncio, sem que tal opção pudesse lhe causar prejuízo. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 5, dispõe que "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal". Entretanto, o Plenário do Pretório Excelso, em julgamento do RE nº.398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade da mesma aos procedimentos administrativos destinados a apuração de falta grave. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Indiscutível que a nulidade se encontra configurada, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. RECURSO PROVIDO para declarar nulo o Processo Administrativo Disciplinar SEI 21/0057/000598/2020, por inobservância aos ditames legais e constitucionais vigentes, e, por conseguinte, cassar a decisão do juízo da execução que, em razão dele, determinou a realização do cálculo remanescente para fins de progressão de regime, a partir da data da prática da falta de natureza grave apurada no referido PAD. (Agravo em Execução Penal 5005311-02.2021.8.19.0500, Sétima Câmara Criminal, Relator Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, julg. 12/08/2021)”;

“Habeas Corpus. A impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, na medida em que o seu pedido de anulação do procedimento administrativo disciplinar não foi atendido pela autoridade coatora. Alegou que a oitiva do paciente sem estar acompanhado de advogado, no procedimento disciplinar que apurou falta grave, viciaria a aludida decisão nele fundamentada. Requereu que fosse concedida a ordem, desconstituindo-se a decisão que indeferiu a anulação do processo administrativo disciplinar, cassando-se os julgados emanados da instância "a quo", declarando-se a nulidade do procedimento administrativo disciplinar corrido perante a Comissão Técnica de Classificação. Parecer ministerial pelo não conhecimento do presente Habeas Corpus e, no mérito, pela denegação da ordem. 1. Destaco e afasto a preliminar aventada pelo Ministério Público. A impetrante alega violação ao princípio da ampla defesa, erigido a nível constitucional e inobservância a preceitos de ordem infraconstitucional, capazes de afetar negativa

e imediatamente o status libertatis do paciente, gerando prejuízo irreparável, o que em tese, autoriza o julgamento do "writ". 2. Instauração de procedimento disciplinar com oitiva do penitente perante a Comissão Técnica de Classificação, sendo reconhecida a prática de falta grave, com isolamento, suspensão das visitas e rebaixamento da classificação de bom para neutro. 3. **O apenado foi ouvido pela Comissão Técnica de Classificação sem a presença da defesa técnica, ou seja, sem qualquer auxílio de profissional habilitado, retirando-lhe a oportunidade de efetivamente se defender, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.** 4. **A oitiva do impetrante perante a Comissão de Tratamento e Classificação sem a presença de advogado ou Defensor Público configura nulidade. Não podemos desjudicializar a atuação perante o sistema prisional.** 5. **Conclui-se que o procedimento está eivado de nulidade, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa,** assim como, não foi observado o disposto no artigo 118, parágrafo 2º da Lei de Execução Penal, que exige a prévia oitiva do penitente em juízo quando for cometida falta grave. 6. Ordem concedida, para anular a decisão do juízo executor, declarando-se também nulo o procedimento administrativo disciplinar ocorrido perante a Comissão Técnica de Classificação, e os efeitos dele decorridos..” (0024437-76.2018.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - Des(a). CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID - Julgamento: 28/06/2018 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL)

Além do mais, não se pode esquecer da Súmula 343, do Egrégio STJ, é "obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". Assim, sem mais delongas, indiscutível que a nulidade se encontra configurada, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em razão do exposto, VOTO pelo conhecimento e pelo **PROVIMENTO AO AGRAVO para declarar nulo o Processo Administrativo Disciplinar E-21/018/251/2019** (Parte Disciplinar 135/2019) por inobservância aos ditames legais e constitucionais vigentes, e, por conseguinte, cassar a decisão do juízo da execução que, em razão dele, determinou a realização do cálculo remanescente para fins de progressão de regime, a partir da data da prática da falta de natureza grave – data constante da decisão: 03/10/2019. Oficie-se.

Rio de Janeiro, na data constante da assinatura digital.

JDS DES. ANDRÉ RICARDO DE FRANCISCIS RAMOS
Relator



