



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

AGRAVO EM EXECUÇÃO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PAD POR AUSÊNCIA DE ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO DO APENADO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE NOVO PAD EM VIRTUDE DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 36 DO RDP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE IMPOSITIVA.

1 - A ausência de advogado na instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar fere a garantia do direito de defesa, de modo que restaram violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nulidade do PAD decretada.

2 - Não mais sendo possível a instauração de novo procedimento administrativo disciplinar pela prescrição prevista no artigo 36 do RDP, resta inviabilizado o reconhecimento da falta grave pelo juízo da execução, devido à ausência de prévio e válido PAD, motivo pelo qual impositiva a declaração da extinção da punibilidade do apenado pela prescrição quanto à falta disciplinar a ele imputada.

PRELIMINAR ACOLHIDA. EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. VOTO VENCIDO.

AGRAVO EM EXECUÇÃO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70053869905

COMARCA DE CACHOEIRA DO SUL

FABIO TRINDADE LUCAS

AGRAVANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em acolher a preliminar defensiva e declarar extinta a punibilidade do apenado Fabio Trindade Lucas pela prescrição, com fulcro no art. 36 do Regimento Disciplinar Penitenciário, afastando a falta grave, consistente na fuga ocorrida em 06/07/2012 com recaptura em 16/07/2012, julgando prejudicado



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

o exame do mérito do recurso, vencida a Des.^a Genacéia que não acolhia a preliminar e negava provimento ao agravo. Fez declaração de voto o Des. Bruxel.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE) E DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 05 de junho de 2013.

DES. FRANCESCO CONTI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. FRANCESCO CONTI (RELATOR)

Trata-se de agravo em execução interposto pela Defensoria Pública em favor do apenado **FÁBIO TRINDADE LUCAS** contra decisão proferida pelo juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Cachoeira do Sul (fl. 47 e v), que reconheceu o cometimento de falta grave pelo sentenciado (fuga), decretando a regressão de regime, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios e a perda de 1/3 dos dias remidos ou a remir.

Em razões (fls. 04/26), a defesa suscita, em preliminar, a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, devido à ausência de defesa técnica ao apenado na audiência realizada no âmbito administrativo. No mérito, sustenta que a confissão do apenado, por si só, é imprestável ao reconhecimento da falta grave. Alega que a conduta imputada ao apenado é atípica, já que a liberdade é inerente ao homem. Com base nestas considerações, pugna pelo afastamento do reconhecimento da falta grave e



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

dos efeitos dele decorrentes. Subsidiariamente, requer o afastamento das punições da regressão de regime prisional, da alteração da data-base para concessão de futuros benefícios e da perda dos dias remidos.

Em contrarrazões (fls. 58/60), pugna o Ministério Público pela manutenção da decisão agravada.

Mantida a decisão à fl. 62, sobem os autos a esta Corte.

Neste 2º grau de jurisdição, a ilustrada Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo desprovemento do agravo defensivo (fls. 64/73).

Após, vieram-me os autos conclusos para julgamento em 15/04/2013.

É o relatório.

VOTOS

DES. FRANCESCO CONTI (RELATOR)

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

De início, consoante se depreende do expediente carcerário acostado aos autos às fls. 49/56, o apenado **FÁBIO TRINDADE LUCAS** foi condenado no processo nº 006/2.11.0003182-0, pelo cometimento do crime de roubo duplamente majorado, à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, tendo iniciado o cumprimento da reprimenda em 11/07/2011.

Em 06/07/2012, o apenado empreendeu fuga do estabelecimento prisional, vindo a ser recapturado em 16/07/2012.

Instaurado e concluído o PAD, foi realizada audiência de justificação (fl. 79), tendo o juízo, após manifestação ministerial e defensiva, reconhecido o cometimento de falta grave pelo sentenciado (fuga),



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

decretando a regressão de regime, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios e a perda de 1/3 dos dias remidos ou a remir.

Contra esta decisão insurge-se a defesa.

Sustenta, em preliminar, a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, devido à ausência de defesa técnica ao apenado na audiência realizada no âmbito administrativo.

Assiste razão à defesa.

Compulsando os autos, verifico que, de fato, o apenado, quando ouvido perante o Conselho Disciplinar (fl. 78), não foi assistido por qualquer espécie de defesa técnica, o que enseja inexoravelmente a nulidade do procedimento. Diante da ausência de defensor no interrogatório do apenado tomado no PAD, forçoso concluir que não houve garantia plena de defesa, de modo que restaram violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No caso concreto, a Defensoria Pública foi notificada para comparecer na audiência no âmbito administrativo (fl. 77), não se sabendo a razão de seu não comparecimento. Este fato, todavia, não possui o condão de afastar a nulidade acima verificada, pois o apenado não pode ser prejudicado pela deficiência do Estado em fornecer defesa técnica gratuita aos necessitados. Neste caso, deveria o Conselho Disciplinar ter designado nova data para a realização da audiência, ou o juízo ter nomeado defensor dativo para patrocinar a defesa do apenado no âmbito administrativo.

Todavia, não foi esta a atitude tomada pelas autoridades, motivo pelo qual o apenado não foi assistido por qualquer espécie de defesa técnica no âmbito administrativo, o que enseja, como já dito, a nulidade do procedimento administrativo disciplinar instaurado para a apuração da falta grave imputada ao sentenciado.



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

Quanto à imprescindibilidade de assistência por defensor em todos os atos do Procedimento Administrativo Disciplinar, importante citar decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida pela Ministra Cármen Lúcia, quando do exame do RE 549483, ocasião em que esclareceu que a Súmula Vinculante n.º 05 tem aplicação exclusivamente na seara cível:

*Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. **De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os princípios da ampla defesa e do contraditório exigem o exercício da defesa técnica em procedimento administrativo disciplinar instaurado na fase de execução penal.** Nesse sentido: "Recurso extraordinário. 2. Execução criminal. Progressão de regime. 3. Processo administrativo disciplinar para apurar falta grave e determinar a regressão do regime de cumprimento da pena. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Recurso conhecido e provido. (...) Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n.º 5, que dispõe: 'a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição'. Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível. Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV). Esta Corte já se defrontou com a errônea aplicação da Súmula Vinculante n.º 5 para convalidar procedimento administrativo disciplinar com a finalidade de apurar o cometimento de falta grave por detento" (RE 398.269, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 26.2.2010 – grifos nossos). [...] 5. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 38 da Lei 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 10 de novembro de 2010. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (RE 549483, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 10/11/2010, publicado em DJe-223 DIVULG 19/11/2010 PUBLIC 22/11/2010) (grifos apostos)*



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

Trago à baila, ainda, precedentes do Supremo Tribunal Federal, a seguir ementados:

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 104584/RS, Segunda Turma, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/05/2011)

Recurso extraordinário. 2. Execução criminal. Progressão de regime. **3. Processo administrativo disciplinar para apurar falta grave e determinar a regressão do regime de cumprimento da pena. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.** 4. Recurso conhecido e provido.
(RE 398269, Segunda Turma, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/12/2009)

Transcreve-se excertos do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, exarado em sede de julgamento do RE 398269, o qual exaure a questão:

*(...) Ao compulsar os autos, verifica-se que o recorrente foi interrogado no procedimento administrativo, **praticando o ato de defesa sem a presença de defensor, conforme consta do termo de declaração** (fl. 32). Não houve, assim, **garantia de defesa plena ao acusado no procedimento administrativo disciplinar instaurado para apurar falta grave, estando em jogo a liberdade de ir e vir.***

*Assim, **entendo violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.***

Segundo a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, é nulo o ato formalizado para apurar o cometimento de falta grave por apenado, em procedimento administrativo disciplinar, que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme as ementas a seguir transcritas: (...)

Nesse sentido, outrossim, já julgou este Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PAD. NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE DEFESA



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. **Apenado ouvido no Procedimento Administrativo sem a presença de advogado. Nulidade do PAD.** PRELIMINAR DE NULIDADE DO PAD ACOLHIDA POR MOTIVOS DIVERSOS. FALTA GRAVE AFASTADA. (Agravo Nº 70038152682, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 23/02/2011)

Nulo, portanto, o PAD.

Entendo que o procedimento administrativo disciplinar é instrumento essencial à devida apuração da falta disciplinar imputada ao apenado, e, como tal, é o único meio legítimo para impor restrições aos direitos da fase executória.

A respeito da imprescindibilidade do PAD para o reconhecimento de uma falta grave, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA. 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, 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.

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

4. Agravo regimental improvido.



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

(AgRg no REsp 1198359/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 21/03/2012)

No que diz respeito à falta grave consistente em fuga, também há de ser instaurado o devido procedimento administrativo disciplinar, sem o qual inviável o reconhecimento da falta grave e a produção de qualquer efeito sobre a execução da pena do apenado.

Neste sentido, destaco precedente do E. STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO COM A DEFESA TÉCNICA. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. OBJETO DE ANTERIOR MANDAMUS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO.

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 a aplicação in casu do princípio da instrumentalidade das formas para embasar a ausência do procedimento próprio, ao argumento de que se atinge a finalidade do ato somente com a audiência de justificação, realizada com a presença da defesa técnica, assegurados o contraditório e a ampla defesa; 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.

4. 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.

5. Diante da necessidade sistêmica de preservação das conquistas democráticas da judicialização da execução penal, é inconcebível o afastamento do devido processo legal, o que acarretaria um revés do significativo avanço humanitário anteriormente alcançado.



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

6. Alteração da data-base pelo cometimento da falta grave foi objeto de mandamus impetrado em data anterior ao ora em apreço, não merecendo, nesse particular, conhecimento.

7. Habeas corpus em parte conhecido e, nessa extensão, 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 18.10.2009, bem como todos os efeitos dela decorrentes.

(STJ – HC nº 179422 / RS, Sexta Turma, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 02/02/2012, Dje em 15/02/2012)

Em sendo nulo o PAD, instrumento imprescindível ao reconhecimento da falta grave, tendo transcorrido o lapso prescricional de 30 dias entre a data da falta grave e a presente data, não mais sendo possível a instauração de novo PAD, impositiva a decretação da extinção da punibilidade do apenado pela prescrição prevista no art. 36 do RDP, que assim dispõe:

Art. 36 - Considerar-se-á extinta a punibilidade pela prescrição quando, a partir do conhecimento da falta, não ocorrer a instauração do Procedimento Disciplinar no prazo de 30 (trinta) dias. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Salvo melhor juízo, entendo que o RDP definiu prazo certo para instauração e conclusão do processo administrativo disciplinar, o qual deve ser observado sob pena de ilegalidade no procedimento, não havendo necessidade do uso da analogia para fazer incidir as regras da prescrição penal.

Não se pode confundir o prazo fixado no regulamento com o prazo prescricional no âmbito do Direito Penal, já que este trata de cometimentos de *crimes*. Havendo previsão de prazo para instauração e conclusão do processo administrativo, é despicienda a adoção de qualquer outro mecanismo para estabelecer os referidos prazos na esfera administrativa.



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

Anoto que deve ser observada a diferença existente entre sanção disciplinar aplicada no âmbito administrativo em decorrência da conclusão do PAD (a advertência verbal, a repreensão, a suspensão ou restrição de direitos, o isolamento na própria cela, ou em local adequado, por exemplo) e a aplicada na esfera judicial, esta em decorrência da homologação do PAD (regressão de regime e perda dos dias remidos).

No caso, o Processo Administrativo Disciplinar – PAD - deve respeitar os regramentos previstos no Regimento Interno Disciplinar – RDP - , inclusive no que pertine aos prazos nele previstos (trinta dias para instauração e sessenta dias para a conclusão, consoante artigos 36 e 37, respectivamente, do RDP), destacando-se que a Lei de Execução Penal, relegou ao regulamento o procedimento a ser adotado no processo administrativo (art. 59 da LEP).

Já em relação à aplicação de sanções na esfera judicial, que é em decorrência da homologação do PAD, a lei não estabelece prazo para o trâmite judicial e consequente aplicação da sanção, razão pela qual, neste caso, é necessário aplicar analogicamente o menor prazo previsto para a prescrição, que é o constante no art. 109, VI, do CP.

Desta forma, entendo que após concluído o PAD nos ditames do RDP, aí sim se aplica o prazo prescricional de três ou dois anos - dependendo da data da ocorrência da falta -, entre a data da falta e da decisão judicial, em aplicação analógica do menor prazo prescricional previsto no artigo 109 do Código Penal.

Para finalizar, anoto, a título exemplificativo, que a Lei Complementar nº 10.098/94, que dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul, estabelece em seu art. 197 prazos prescricionais para a ação disciplinar que visa aplicar sanções administrativas aos servidores. Assim, o Regimento



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

Disciplinar Penitenciário, editado também no âmbito estadual, ao estabelecer prazos para apuração de falta grave e consequente conclusão de processo administrativo não está afrontando a competência legislativa da União de legislar no âmbito penal, pois está apenas efetuando regramento quanto ao procedimento administrativo, igualmente à Lei Complementar antes citada.

Em consequente, não mais sendo possível a instauração do procedimento administrativo disciplinar pela prescrição prevista no artigo acima transcrito, resta inviabilizado o reconhecimento da falta grave pelo juízo da execução, ante a ausência do prévio e válido PAD, instrumento indispensável ao reconhecimento da falta grave, como visto alhures.

Voto, pois, no sentido de acolher a preliminar suscitada pela defesa, declarando extinta a punibilidade do apenado FÁBIO TRINDADE LUCAS pela prescrição, com fulcro no art. 36 do Regimento Disciplinar Penitenciário, afastando a falta grave, consistente na fuga ocorrida em 06/07/2012 com recaptura em 16/07/2012, julgando prejudicado o exame do mérito do recurso.

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE)

Acompanho o eminente Relator, ressaltando posicionamento pessoal de que o PAD é dispensável em caso de fuga, considerando reiteradas decisões do III GRUPO CRIMINAL.

DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON

Não acolho a prescrição pela ausência por irregularidade de PAD que, no caso de fuga, é dispensável .

No mérito , nego provimento.



FC
Nº 70053869905
2013/CRIME

DES. IVAN LEOMAR BRUXEL - Presidente - Agravo em Execução nº 70053869905, Comarca de Cachoeira do Sul: "POR MAIORIA, ACOLHERAM A PRELIMINAR DEFENSIVA E DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APENADO FABIO TRINDADE LUCAS PELA PRESCRIÇÃO, COM FULCRO NO ART. 36 DO REGIMENTO DISCIPLINAR PENITENCIÁRIO, AFASTANDO A FALTA GRAVE, CONSISTENTE NA FUGA OCORRIDA EM 06/07/2012 COM RECAPTURA EM 16/07/2012, JULGANDO PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO DO RECURSO, VENCIDA A DES.^a GENACÉIA QUE NÃO ACOLHIA A PRELIMINAR E NEGAVA PROVIMENTO AO AGRAVO. FEZ DECLARAÇÃO DE VOTO O DES. BRUXEL."

Julgador(a) de 1º Grau: ROSUITA MAAHS