



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000493402

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000009-82.2017.8.26.0268, da Comarca de Itapeperica da Serra, em que é agravante ROBSON JEANS LIMA MONTEIRO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso para anular a decisão que reconheceu a prática de falta grave por parte de Robson Jeans Lima Monteiro, a fim de que outra seja proferida após regular manifestação da defesa técnica, afastadas as determinações de regressão de regime, de perda de dias remidos e de interrupção do lapso para fins de benefícios. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI E ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 28 de junho de 2017.

Vico Mañas  
RELATOR  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO Nº 9000009-82.2017.8.26.0268

COMARCA: ITAPECERICA DA SERRA

VOTO Nº 35.072

1. Agravo em Execução Penal – Recurso defensivo.
2. Falta disciplinar grave – Reconhecimento sem nova abertura de vista à defesa após requerimento do MP – Inadmissível inversão na ordem de manifestação das partes – Direito de a defesa falar por último reconhecido pelo Pleno do STF – Violação ao devido processo substancial – Cassação da decisão.

Robson Jeans Lima Monteiro interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Itapequerica da Serra que, reconhecendo a prática de falta disciplinar de natureza grave, determinou a regressão ao regime fechado, a perda de um terço dos dias eventualmente remidos e a interrupção do prazo para a obtenção de benefícios.

Suscita nulidade do procedimento administrativo e da sentença por violação ao princípio do devido processo legal, em razão da não observância da prerrogativa defensiva de manifestar-se por último.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 79/82) e mantida a decisão combatida (fl. 03), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O agravante, pela prática de roubo majorado, cumpria pena em regime aberto desde junho de 2013 (fls. 06/07 e 18).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Preso em flagrante por tráfico de drogas no dia 17.01.2014, obteve liberdade provisória e, em 25.02.2015, foi novamente flagrado pelo cometimento de crime da mesma natureza (fls. 44 e 58).

Em decorrência, sustado cautelarmente o estágio mais brando e fixado o fechado “até ulterior deliberação sobre o tema” (fl. 45). Após manifestação das partes, determinou-se a oitiva do reeducando, nos termos do art. 118 da LEP (fl. 50).

Ouvido em Centro de Detenção Provisória no dia 19.04.2016, Robson alegou que, em razão da perda de documento necessário “para assinar a carteirinha”, abandonou o cumprimento da pena no regime aberto e mudou de cidade. Durante o período em que permaneceu foragido, concluiu os estudos relativos ao segundo grau e trabalhou sem registro em carteira. Em janeiro de 2014 e em fevereiro de 2015 foi preso em flagrante por tráfico de drogas (fls. 54/55).

A certidão de fl. 58 atesta que condenado por delito ocorrido em 22.01.2015 a 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em equipamento inicial fechado, e ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no piso. A sentença transitou em julgado em março de 2016 para o MP. Interposta apelação pela defesa, a ela se negou provimento, tornando-se definitivo o v. acórdão em janeiro de 2017, de acordo com consulta ao Sistema SAJ/SG.

Remetidos os autos à Defensoria Pública, observou-se que houve equívoco, pois o feito deveria primeiramente seguir para o Ministério Público, em respeito aos “princípios acusatório, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”. Ademais, a oitiva administrativa do preso não supriria a judicial. Assim, requereu a “regularização do procedimento”,

remetendo-se os autos ao MP e, após, à defesa, “sobretudo por se tratar de processo disciplinar que influirá diretamente no *ius libertatis* do sindicado” (fl. 60).

Representante ministerial postulou o reconhecimento da falta grave descrita no art. 52, “caput”, da LEP (cometimento de novo crime em regime aberto), com a regressão do detento ao regime fechado, a perda de um terço dos dias remidos e a interrupção do lapso para fins de benefícios. Além de “prescindível o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a aplicação das sanções disciplinares cabíveis”, “a ausência de oitiva judicial do sentenciado não enseja qualquer nulidade, já que não há previsão neste sentido na legislação vigente” (fls. 66/67).

Na sequência, o Magistrado, consignado não haver “dispositivo constitucional ou legal que preveja que o membro da Defensoria Pública tenha que se manifestar depois do Ministério Público nos processos de execução penal”, determinou a anotação da indisciplina, a remoção para o equipamento mais gravoso, o reinício do cálculo de liquidação de penas e o desconto de um terço dos dias eventualmente remidos (fls. 68/68-A).

Como se vê, não se permitiu à defesa técnica refutar os pleitos do MP, desrespeitando-se o devido processo legal, garantia expressamente prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, e vigente também em sede de execução.

Note-se que o art. 59 da Lei de Execução Penal assegura o exercício do direito de defesa no procedimento instaurado para apuração de falta disciplinar. A par da ausência no referido diploma de outras previsões específicas, não se olvide a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal neste campo (art. 2º da LEP), o qual privilegia a incidência de princípios

constitucionais ignorados no caso.

Não procede, além disso, o argumento de que “o Ministério Público, em sede de execução penal, é fiscal da lei e, com tal, manifesta-se somente após as partes”, em cumprimento ao disposto no art. 67 da Lei 7.210/84 (fl. 80).

Quanto à ordem de manifestação dos órgãos atuantes na fase de cumprimento da pena, evidente que à defesa deve se conferir a prerrogativa de sempre falar por último, tal como assegurada no processo de conhecimento.

Nesse sentido, leciona Rogério Schietti Machado Cruz que “o acusado, independentemente da sua posição contingencial (recorrente ou recorrido) durante o processamento do recurso, deve ter sempre assegurada a palavra por último, ou, ao menos, após a intervenção oral do acusador, enquanto exteriorização concreta do princípio do *favor defensionis*. Isso porque, considerando-se a ação penal em sua inteireza, e não apenas em suas fases procedimentais estanques, o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão de acusação, já que, sendo uma a relação processual penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito à liberdade do acusado permanece íntegro no segundo grau de jurisdição.”(Garantias Processuais nos Recursos Criminais, São Paulo: Atlas, 2002, p. 94).

Vale destacar que o E. Supremo Tribunal Federal já deferiu *habeas corpus* para anular julgamento de recurso em sentido estrito e determinar que outro se realize, observado o direito de a defesa do paciente, se pretender realizar sustentação oral, somente fazê-lo depois do representante do Ministério Público. Entendeu-se que, mesmo que invocada a

qualidade de *custos legis*, o membro do Ministério Público deve se manifestar, na sessão de julgamento, antes da sustentação oral da defesa, haja vista que as partes têm direito à observância do procedimento tipificado na lei, como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Ressaltando a unidade e indivisibilidade do *parquet*, asseverou-se ser difícil cindir sua atuação na área recursal, no processo penal, de modo a comprometer o pleno exercício do contraditório. Aduziu-se, também, que o direito de a defesa falar por último é imperativo e decorre do próprio sistema, e que a inversão na ordem acarretaria prejuízo à plenitude de defesa (grifo nosso - STF, Informativo 495. Precedentes citados: RHC 85443/SP, RE 91661/MG e HC 87926/SP).

No último writ mencionado, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Plenário do STF deixou claro o posicionamento da Corte no sentido de que a defesa deve sempre se manifestar após o Ministério Público. Cumpre transcrever trecho do voto do Relator: “estou em que fere, igualmente, as garantias da defesa todo expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar da palavra por último (...). Invocar, para negá-lo, a qualidade de *custos legis* do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artifícios linguísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes”. Mais adiante, asseverou-se que inadmissível essa descabida inversão na ordem das manifestações, sob pena de se comprometer “o pleno exercício do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder, querendo, reagir à opinião do *Parquet*” (HC 87926/SP, j. 20.2.2008).

A mesma advertência consta do editorial publicado no boletim do IBCCrim nº 191, de autoria de Robson Antônio Galvão da Silva (outubro de 2008).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, na presente hipótese, da decisão que acolheu os pleitos ministeriais decorreu evidente prejuízo ao sentenciado. Flagrante, portanto, a ofensa ao pleno exercício do contraditório (art. 5º, LV, da CF) e, por conseguinte, à igualdade processual.

Como é sabido, a execução penal é atividade complexa que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo. A aplicação da pena situa-se no campo do direito penitenciário, mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, que guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e integra o direito processual.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a decisão que reconheceu a prática de falta grave por parte de Robson Jeans Lima Monteiro, a fim de que outra seja proferida após regular manifestação da defesa técnica, afastadas as determinações de regressão de regime, de perda de dias remidos e de interrupção do lapso para fins de benefícios.

**VICO MAÑAS**

Relator