



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Execução Penal n. 0000137-43.2020.8.24.0064, de São José
Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO (LEP, ART. 197). INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO QUE INDEFERIU A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE AGENTE PENITENCIÁRIO. TESTEMUNHA OUVIDA SEM A PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA NO CURSO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. VÍCIO A SER SANADO COM A OITIVA DO TESTIGO EM JUÍZO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO TEMA 941 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0000137-43.2020.8.24.0064, da comarca de São José (Vara Regional de Execuções Penais), em que é agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e agravado Maicon Gomes Serafim:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, **por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento a fim de determinar que seja realizada a oitiva judicial do agente penitenciário André Mendes Francisco. Custas legais.**

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Desembargadores Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 20 de agosto de 2020.

Assinado digitalmente
Carlos Alberto Civinski
PRESIDENTE E RELATOR



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Execução Penal n. 0000007-53.2020.8.24.0064, de Itajaí

2

RELATÓRIO

Pronunciamento judicial agravado: o juiz de direito João Baptista Vieira Sell, da Vara Regional de Execuções Penais da comarca de São José, indeferiu os pedidos formulados pelo Ministério Público e pela defesa do apenado Maicon Gomes Serafim para que fosse realizada a oitiva judicial do agente penitenciário André Mendes Francisco, sob a alegação de desnecessidade ante o disposto no art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal. (fl. 331 dos autos da execução penal 0000228-18.2017.8.24.0007).

Recurso de Agravo de Execução Penal: o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso e argumentou que "a Lei de Execução Penal não veda a oitiva do agentes penitenciário, o qual somente foi arrolado no caso concreto em razão da subjetividade da falta grave imputada ao apenado, ou seja, os fatos justificam a medida sob o ponto de vista do devido processo legal e, portanto, impõe a sua realização e não o simplório indeferimento por suposta restrição de dispositivo legal que não possui a finalidade para o qual foi utilizado".

Requeru o conhecimento e provimento do presente recurso a fim de reformar a decisão impugnada (fls. 1-7).

Contrarrazões: Maicon Gomes Serafim, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, reforçou os argumentos apresentados sob o fundamento de que é possível, em audiência de justificação, a oitiva de testemunhas que se mostrem necessárias para a busca da verdade real.

Postulou o conhecimento e provimento do recurso interposto (fls. 11-14).

Juízo de retratação: o juiz de direito João Baptista Vieira Sell manteve a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos (fl. 16).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o procurador de justiça Pedro Sérgio Steil manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 24-28).



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Execução Penal n. 0000007-53.2020.8.24.0064, de Itajaí

3

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido. E, em atenção ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, a apreciação limita-se aos argumentos expostos em sede recursal.

O Ministério Público requer a designação de audiência para oitiva do agente penitenciário André Mendes Francisco, ao argumento de que tal diligência é imprescindível para “*verificar a legalidade dos elementos probatórios produzidos no âmbito administrativo disciplinar*” (fls. 2-33).

O recurso, adianta-se, comporta provimento.

Verifica-se dos autos de origem (PEC 0000228-18.2017.8.24.0007), que foi instaurado o Procedimento Administrativo Disciplinar 092/2019 para apurar suposta prática de falta grave pelo apenado Maicon Gomes Serafim, consistente em possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (LEP, art. 50, VII), porquanto, em 8-5-2019:

[...] durante um procedimento de vistoria realizada pelos agentes no alojamento E 8, foi localizado um (01) chip da operadora claro junto aos pertences do interno, e ao ser indagado sobre a posse do referido chip, o interno não se manifestou (fl. 277 dos autos da execução penal).

As únicas testemunhas ouvidas no bojo do procedimento extrajudicial foram os agentes penitenciários André Mendes Francisco, Luís Maurício Lemos, e Wesley Clayton Rodrigues Leal. No entanto, as oitivas ocorreram sem a presença do reeducando e de qualquer defensor (fls. 284-286 dos autos originários).

É sabido que, em sede de execução penal, a falta disciplinar deve ser reconhecida por meio de procedimento administrativo, no qual deve ser assegurado o amplo direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo de Execução Penal n. 0000007-53.2020.8.24.0064, de Itajaí

4

ou defensor público nomeado, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por tal razão, este relator já decidiu pela nulidade absoluta do procedimento administrativo disciplinar na hipótese em que a oitiva de testemunha ocorra sem a presença de defesa técnica. Nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO (LEP, ART. 197). INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DECISÃO QUE NÃO HOMOLOGOU O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. TESE AFASTADA. MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM". AUTORIDADE ADMINISTRATIVA QUE ADOTA COMO RAZÕES DE DECIDIR O PARECER DO CONSELHO DISCIPLINAR. ELEMENTOS CONCRETOS VERIFICADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. PRECEDENTES DO STF E STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. DEFESA TÉCNICA AUSENTE NA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. VERBETE 533 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INCIDENTE DISCIPLINAR EVADO DE NULIDADE. DECISÃO MANTIDA.

- As nulidades processuais, relativas ou absolutas não importam, necessariamente, em nulidade do feito, pois, conforme orientação jurisprudencial, "o reconhecimento de mácula que implique a anulação do ato processual exige a demonstração de prejuízo mesmo quando se tratar de nulidade absoluta" (STJ, AgRg no REsp 1198354/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 16.10.2014).

- "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". (STJ, HC 484.815/RS, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, j. em 11-4-2019, v.u.)

- Recurso conhecido e desprovido.

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0015987-55.2019.8.24.0038, de Joinville, deste relator, Primeira Câmara Criminal, j. 05-12-2019).

Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que *"a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena"*



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Agravo de Execução Penal n. 0000007-53.2020.8.24.0064, de Itajaí

5

(Tema 941 da repercussão geral - RE 972598/RS, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 30-4-2020, m.v.).

Com efeito, interpretando-se a referida tese de forma extensiva, tem-se que o pedido formulado pelo Ministério Público coaduna-se com o direcionamento conferido pela Suprema Corte ao tema, já que, a despeito de as testemunhas terem sido ouvidas sem a presença de defesa técnica no procedimento administrativo, é possível que tal vício seja sanado com nova oitiva dos testigos em juízo, assegurando-se, assim, o contraditório e a ampla de defesa.

Por sua vez, conquanto todas as testemunhas tenham sido ouvidas sem a presença do defensor do agravado, limita-se à determinar a oitiva judicial do servidor André Mendes Francisco, conforme requerido pelo Ministério Público – e ratificado pela defesa em contrarrazões.

Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento e o provimento do recurso, a fim de determinar que seja realizada a oitiva judicial do agente penitenciário André Mendes Francisco.

Este é o voto.