



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.082 - SP (2009/0080389-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOÃO BIFFE JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN DE BARROS AQUINO (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. INSTRUÇÃO. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. AGRAVO MINISTERIAL. REFORMA. FUNDAMENTO: SÚMULA VINCULANTE 5. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. 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 da colheita da prova em sindicância para apuração de falta grave, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 29/11/2007, pelo paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.082 - SP (2009/0080389-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOÃO BIFFE JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN DE BARROS AQUINO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por advogado da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel - FUNAP em favor de JHONATAN DE BARROS AQUINO, apontando como autoridade coatora a 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (agravo em execução nº 990.08.106578-9).

Consta dos autos que, contra a decisão que reconheceu a nulidade de sindicância instaurada para apurar o cometimento de falta grave imputada ao paciente em sede de execução, interpôs o Ministério Público recurso de agravo, ao qual o Tribunal *a quo* deu provimento, nos seguintes termos (fls. 8/11):

"(...)

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão prolatada, a fls. 32/33, que reconheceu a nulidade da sindicância instaurada contra o agravado, Jhonatan de Barros Aquino, referente à suposta falta grave cometida em 29 de novembro de 2007, com fundamento nos artigos 5º, LV, da Constituição Federal e 143 da Constituição Estadual.

(...)

Depreende-se dos autos que o agravado cumpria pena privativa de liberdade no Centro de Detenção Provisória de Bauru, quando teve instaurado contra si procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar prevista no artigo 52 da Lei de Execução Penal, ocorrida no dia 29 de novembro de 2007, consistente em desrespeitar as normas de disciplina da unidade prisional, por ter ameaçado funcionário no exercício de suas funções, considerada como de natureza grave, nos termos do artigo 53, III e IV do mesmo diploma legal, tendo sido, ao final, reconhecida a nulidade do referido procedimento pela MM. Juíza de Primeiro Grau, com fundamento nos artigos 5º, LV, da Constituição Federal e 143 da Constituição Estadual, sob o argumento de que 'as declarações do sindicato e os depoimentos das testemunhas não foram realizados na presença de defensor, seja constituído ou nomeado, portanto, não houve defesa técnica na sindicância instaurada para apurar a suposta falta cometida pelo sentenciado em 29/11/2007', dando ensejo, então, à presente irresignação ministerial.

Preservado embora o respeito ao convencimento da MMa Juíza de Primeiro Grau, quando da anulação do referido procedimento, convém deixar consignado que, além de o defensor da FUNAP ter atuado na defesa do reeducando, participando de sua oitiva e apresentado alegações finais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls. 21/22), "em momento *algum alegou nulidade no procedimento ou existência de prejuízo*", razão **pela qual a** melhor solução, para o caso **sub examine**, é o acolhimento da pretensão recursal, na esteira, aliás, do que ficou claramente elucidado no r. parecer ministerial, **in verbis**: "...após análise de todos os documentos *carreados no procedimento administrativo*, tem-se que o direito de *defesa do sentenciado* foi devidamente respeitado, certo que assistido por *advogado durante todo o processo* em litígio.

Muito embora não se tenha observado o formalismo da oitiva dos agentes penitenciários na presença do agravante, verifico que os mesmos foram ouvidos de forma regular. Portanto, entendo que não ocorreu o efetivo prejuízo à defesa, que invalidasse o presente procedimento disciplinar' (cf. fls. 62), sem esquecer, também, que incide à espécie a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, a saber: 'a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição'.

Do exposto e para os fins acima, dá-se provimento ao recurso, para reformar a r. decisão recorrida, com a devolução dos autos à Vara de Origem, para a apreciação dos demais pedidos constantes dos autos".

É contra esse acórdão que se insurge o impetrante. Alega, em síntese, que, apesar do decidido, a decisão proferida pelo Juízo da Execução "encontrava-se perfeita, harmonizada com os ditames constitucionais e com a jurisprudência mais recente de nossos tribunais, motivo pelo qual não comportaria qualquer modificação" (fl. 3).

Sustenta, assim, que a oitiva de testemunhas sem a presença do acusado e de seu defensor implica ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assevera que "a ausência de ambos é inaceitável, pois equivaleria à produção de prova unilateral sem a participação do maior prejudicado por ela ou de seu defensor" (fl. 4), o que se revela desarrazoado.

Defende, ademais, que o enunciado contido na Súmula Vinculante nº 5 não se aplica ao caso.

Requer, liminarmente e no mérito, a reforma do acórdão hostilizado, a fim de que seja reconhecida a nulidade no processo administrativo em apreço, restabelecendo-se, por via de consequência, a decisão proferida em sede de primeira instância.

De início, importa ressaltar que o presente *habeas corpus* foi a mim distribuído por prevenção ao *habeas corpus* nº 98.203/SP, em que foi concedida a ordem, para tornar sem efeito a decisão do Juízo das Execuções, a qual reconheceu o cometimento de outra falta grave pelo paciente Jhonatan de Barros Aquino, consubstanciada na posse de aparelho telefone celular no interior do estabelecimento prisional, e determinou a perda dos dias remidos e a interrupção do prazo para benefícios.

A liminar foi indeferida, fls. 30-32.

Informações foram prestadas às fls. 37-39 e 41-63.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, da lavra do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Subprocurador-Geral da República Haroldo F. da Nóbrega, opinando pela denegação da ordem.

A Defensoria Pública da União requereu preferência no julgamento em 11/03/2010 e ingressou, posteriormente, no Supremo Tribunal Federal alegando excesso de prazo na apreciação do presente *writ*.

Informações obtidas por telefone junto à Vara das Execuções dão conta que o aresto atacado teve sua eficácia suspensa, em 11/12/2009, por decisão do eminente Ministro do STF Marco Aurélio Mello, nos autos da Reclamação 9.119/SP, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Foi esclarecido, ainda, que o paciente permanece cumprindo pena no regime fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.082 - SP (2009/0080389-4)

EMENTA

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. INSTRUÇÃO. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. AGRAVO MINISTERIAL. REFORMA. FUNDAMENTO: SÚMULA VINCULANTE 5. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. 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 da colheita da prova em sindicância para apuração de falta grave, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 29/11/2007, pelo paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da impetração cinge-se à verificação do acerto de aresto que, cassando decisão de primeiro grau anulatória de sindicância para apuração de falta grave no curso de execução penal, determinou o prosseguimento da análise respectiva.

Preliminarmente, é importante registrar, uma vez mais, o açodamento da Defensoria Pública da União, aforando remédios heróicos em razão de suposta letargia desta Corte. Note-se que, *in casu*, não haveria tanta urgência na apreciação do presente *writ*, pois, quando da impetração da ordem no STF, em 17/09/2010, o acórdão aqui impugnado já se encontrava suspenso desde 11/12/2009. Ou seja, em razão de tal precipitação, baralhou-se a ordem e as prioridades de julgamento de ilegalidades que, diferentemente do caso presente, ainda pendem de equacionamento.

Concluída tal digressão, passa-se à análise da insurgência.

Ao reconhecer a nulidade, o juiz assentou:

Conforme se verifica no procedimento disciplinar, as declarações do sindicado e os depoimento das testemunhas não foram realizados na presença de defensor, seja constituído ou nomeado, portanto, não houve defesa técnica na sindicância instaurada para apurar a suposta falta cometida pelo sentenciado em 29/11/2007.

Em consequência, a sindicância é nula, por infração ao artigo, 5º, LV, da Constituição Federal e 143 da Constituição Estadual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O fato de ter, o sentenciado, se autodefendido no procedimento administrativo não elide a mácula da ausência do defensor técnico, pois só a presença atuante desse é que estará assegurando a paridade de argumentos entre a acusação e defesa. (fl. 38).

Após a reforma de tal *decisum* pelo Tribunal *a quo*, foi manejado, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, além do presente *writ*, reclamação junto ao Pretório Excelso, que recebeu, liminarmente, a seguinte decisão do nobre Ministro relator:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – REEDUCANDO – PRESENÇA DO DEFENSOR TÉCNICO – VERBETE VINCULANTE Nº 5 DA SÚMULA DO SUPREMO – ALCANCE – RECLAMAÇÃO – LIMINAR DEFERIDA.

1. A título de relato, adoto as informações prestadas pela Assessoria: O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público, cassando a decisão do Juízo da Execução Penal mediante a qual declarada a nulidade de sindicância instaurada para apurar a prática de falta grave pelo reclamante e determinando o retorno do processo à origem para pronunciamento quanto ao mérito. Assentou que o reeducando foi regularmente citado, tendo tomado ciência da imputação. Depois, desacompanhado de advogado, ressaltou haver prestado declarações e participado da audiência de testemunhas. Destacou, no entanto, ser insubsistente a alegação de nulidade em virtude da ausência de advogado constituído pelo então agravado, pois o que se exige é a ciência prévia pelo condenado da infração que lhe é atribuída, para que possa preparar a defesa e, em caso de apuração de falta grave, utilizar, se assim desejar, a assistência jurídica do estabelecimento prisional ou mesmo procurador constituído. Asseverou, contudo, não acarretar nulidade do procedimento administrativo a inexistência de defesa técnica, por violação ao princípio da ampla defesa.

A reclamação volta-se contra esse julgado. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustenta ter sido desrespeitado o Verbetes Vinculante nº 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

No entanto, afirma que o fato de o reeducando não ter sido assistido, em todas as fases do processo, por advogado ou Defensor Público, inviabilizou o exercício da plenitude de defesa. Aduz que olvidar a defesa técnica em sede de execução penal é submeter o reeducando ao alvitre da direção disciplinar da instituição penitenciária, onde ele não terá liberdade para impugnar provas, compor comissão sindicante e produzir contraprova. Diz apresentar-se insuficiente a formalidade de franquear o exercício da defesa, dado que a população carcerária é composta por uma massa de analfabetos, funcionais ou não, de pouco cultura e compreensão das dimensões do Estado Democrático de Direito.

Pede a concessão de medida liminar, para sustar os efeitos do acórdão proferido no agravo em execução penal. No mérito, pleiteia seja cassado o acórdão reclamado, assentando-se a necessidade de defesa técnica e da presença de advogado em todos os atos e termos da sindicância instaurada para apuração de falta grave.

2. Numerosos são os processos administrativos, cíveis e penais em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que envolvida prática por reeducando. Esse último diz respeito ao cumprimento da pena, ganhando alcance maior a regra do processo penal consoante a qual ninguém será processado sem assistência técnica – artigo 261.

O Tribunal de origem decidiu a partir do Verbete Vinculante nº 5 da Súmula, colocando em segundo plano o fato de, entre os precedentes que o motivaram, não constar pronunciamento judicial do Supremo sobre o processo disciplinar estabelecido na Lei de Execução Penal. Então, a base para assentar-se a relevância do pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo está na própria lei regedora da súmula vinculante, que prevê o cabimento da reclamação quando houver aplicação diversa do que contido no verbete. Confirmam com o artigo 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

3. Defiro a liminar para suspender, até o julgamento final desta reclamação, a eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo em Execução Penal nº 990.08.106578-9, da Comarca de Marília.

4. Intimem, para ciência da reclamação, o Ministério Público do Estado de São Paulo.

5. Vindo ao processo a manifestação ou decorrido o prazo de cinco dias sem que isso se verifique, colham o parecer do Procurador-Geral da República.

6. Publiquem.

(Rcl 9119, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 11/12/2009, publicado em DJe-018 DIVULG 29/01/2010 PUBLIC 01/02/2010)

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 das 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 si*, fazer valer a dignidade da pessoa humana, soa descontextualizada. Lembre-se com ALEXANDRE ROSA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assumindo-se a postura garantista - que nada mais é do que cumprir a Lei Maior, Constituição - não pode ser admitida qualquer situação que afronte os Direitos e Garantias individuais dos indivíduos que se escondem por detrás da figura do *apenado pobre* (...) Dito de outra forma, o argumento deve ser universal, ter sentido em relação ao sistema (coerência e consistência) e ter consequências aceitáveis. (...) Isso porque as decisões jurídicas precisam ter sentido tanto em relação ao sistema jurídico de que se trata quanto em relação ao mundo. [O juiz (garantista) e a execução penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). *Crítica à execução penal*. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 413-416].

Ora, é incontroverso o significativo avanço humanitário alcançado com a judicialização da execução penal, não sendo de bom aviso o discurso constante do aresto guerreado - que representa, penso, significativo revés.

Colaciona-se, neste sentido, a lição da Professora da Universidade de Coimbra, ANABELA MIRANDA RODRIGUES:

Pode dizer-se que, a partir de certa altura - que corresponde ao período de afirmação dos direitos fundamentais do recluso e do princípio da legalidade na execução -, o que estava em causa já era mais do que estabelecer um controle da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade por entidade diferente da que tinha por função realizá-la materialmente.

(...)

O que estava em causa era ter-se reconhecido que a tutela efectiva dos direitos dos reclusos supõe que estes possam dirigir-se a órgãos jurisdicionais. Pese embora o labor legislativo de conformação do estatuto jurídico do recluso - ou, de uma certa perspectiva, exactamente por isso - tornou-se essencial a institucionalização de um órgão jurisdicional a que coubesse fiscalizar o âmbito das limitações àqueles direitos. A não ser assim, estar-se-ia sempre na iminência de que a aplicação prática das leis penitenciárias acabasse por esvaziar princípios garantísticos.

(...)

Entretanto, fortalecido, entre nós, o movimento de afirmação dos direitos do recluso, a sua consolidação impunha uma protecção jurisdicional e um controle da actividade da administração penitenciária de elevado perfil.

(...)

Do que se trata, com efeito, é de converter a intervenção jurisdicional em garante da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, na medida em que a sua modelação afecte directamente os direitos do reclusos. (*Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 130-137).

Assim, seja pela questão dos precedentes que suportaram a Súmula Vinculante 5, todos desvinculados da Execução Penal, seja pela necessidade sistêmica de preservação das conquistas democráticas de sua judicialização, é imperioso o restabelecimento da decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de primeiro grau.

Não ignoro a da existência de precedente desta Corte em sentido contrário da posição ora esposada:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA INSTAURADA PARA APURAÇÃO DOS FATOS. REEDUCANDO REGULARMENTE OUVIDO. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO DA FUNAP. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTE NULIDADE NA OITIVA DE TESTEMUNHA SEM A PRESENÇA DO REEDUCANDO OU DE SEU ADVOGADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, se a sindicância instaurada para apurar falta grave foi acompanhada pelo próprio reeducando e por seu advogado que apresentou defesa escrita e não alegou, na oportunidade, qualquer nulidade no procedimento disciplinar.

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.
(HC 136.014/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 29/03/2010)

Todavia, penso ser importante desenvolver uma reflexão mais detida, em harmonia com a situação de vulnerabilidade do encarcerado, à luz do devido processo legal.

No tocante à ampla defesa, é de se perceber que, *in casu*, ela não foi exercida a contento. Já se pontuou que se a autodefesa é renunciável, jamais poderia sê-lo a defesa técnica. Foram ouvidas duas testemunhas sem a intervenção do defensor. Por mais que o Advogado tenha acompanhado a oitiva do paciente e apresentado alegações escritas, é impensável admitir-se que tal atuação seja apta a sanar a imprestabilidade da instrução írrita.

Sobre o tema, eis a compreensão firmada por esta Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. NULIDADE. OITIVA DA VÍTIMA. DEPOIMENTO COLHIDO NA AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO OU NOMEADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. A nomeação de defensor dativo para a realização dos procedimentos judiciais, quando ausente em juízo o advogado constituído, é ato obrigatório a teor do disposto no art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal (antes da alteração realizada pela Lei n.º 11.719/2008). Precedentes desta Corte.

2. Ordem concedida para determinar a anulação do processo-crime desde a realização da audiência de oitiva da vítima e, de ofício, a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, caso se encontre preso em decorrência do presente feito, em razão do inegável excesso de prazo resultante do fato de ser necessária a renovação da instrução criminal.

(HC 112.658/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 04/11/2008, DJe 24/11/2008)

PROCESSUAL PENAL. DEFESA. AUSÊNCIA. NULIDADE.

1 - Constatado que foram produzidos atos de instrução (prova oral da acusação) sem que o paciente estivesse assistido por defensor dativo ou constituído, a nulidade do processo é flagrante, conforme a dicção da súmula 523-STF.

2 - Ordem concedida.

(HC 18.117/PE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 514)

Veja-se que o Pretório Excelso, numa belíssima demonstração de respeito aos cânones constitucionais em foco, chegou mesmo a entender que, diante da complexidade do feito, mesmo a nomeação de defensor dativo não seria suficiente para satisfazer a exigência de defesa técnica, se esta, exercida por defensor constituído, não teve ciência, em prazo razoável, da oitiva de testemunha mediante carta precatória em outro estado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA OITIVA DE TESTEMUNHA NO JUÍZO DEPRECADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PECULIARIDADE DO CASO: TEMPO INSUFICIENTE PARA DESLOCAMENTO E ATUAÇÃO DO ADVOGADO. DEFENSOR AD DOC. IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA EFICIENTE. 1. A ausência de intimação para oitiva de testemunha no juízo deprecado não consubstancia constrangimento ilegal. Havendo ciência da expedição da carta precatória, como no caso se deu, cabe ao paciente ou a seu defensor acompanhar o andamento do feito no juízo deprecado. 2. Peculiaridade do caso. Efetiva violação do princípio da ampla defesa resultante da impossibilidade de atuação da defesa técnica. O advogado do paciente teve, a partir da ciência da expedição da carta precatória, sete dias úteis para deslocar-se do Rio de Janeiro a Belém do Pará, o que, na prática, inviabilizou seu comparecimento. 3. Nomeação de defensor dativo para atuar em momento importante do processo, cuja inicial contém quatrocentas páginas. Satisfação apenas formal da exigência de defesa técnica ante a impossibilidade de atuação eficiente. Ordem concedida.

(HC 91501, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00448)

Em remate, consigne-se que é inviável pensar em judicialização da execução penal sem devido processo legal e, este, por sua vez, desprovido de respeito à ampla defesa. Esta que não pode prescindir de sua vertente técnica.

Ante o exposto, concedo a ordem para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 29/11/2007, pelo paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0080389-4

HC 135.082 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 612379 990081065789

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO BIFFE JUNIOR (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHONATAN DE BARROS AQUINO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário