



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.526 - ES (2012/0047847-0)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JEREMIAS DOS SANTOS VIEIRA (PRESO)

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. REGRESSÃO DE REGIME. PRÁTICA DE NOVO CRIME NO CURSO DA EXECUÇÃO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA SEM QUE TENHA SIDO GARANTIDO O DIREITO DO APENADO À DEFESA TÉCNICA. NULIDADE DO ATO EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese na qual o paciente foi apreendido em flagrante pela prática de novo delito patrimonial enquanto descontava pena em regime aberto, tendo o Magistrado das Execuções determinado a sua regressão cautelar de regime e determinado a designação de data para a realização da audiência de justificação, na qual o apenado foi ouvido, porém não lhe garantido o direito à defesa técnica.

II. A Quinta Turma deste Tribunal firmou entendimento, ao interpretar o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, contudo, a jurisprudência entende ser indispensável a realização de audiência de justificação, na qual devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade absoluta (Precedente).

III. Em que pesem as dificuldades estruturais da Defensoria Pública estadual, a ausência de defesa durante a audiência implica em nulidade do ato, sendo irrelevante o fato de o paciente ter reconhecido a prática da falta disciplinar de natureza grave.

IV. Ao Julgador processante compete suspender a realização do ato ao constatar a ausência do defensor público, devendo designar advogado *ad hoc* ou, caso não seja possível, adiar a audiência, enviando ofício à OAB, a fim de esta indique profissional para patrocinar a defesa do apenado.

V. Deve ser cassada a audiência de justificação realizada nos autos da execução nº 222.2009.7473, em curso da Quinta Vara Criminal de Vitória, determinado a reprodução do ato, na qual deve ser garantido o direito do ora paciente à defesa técnica, recomendando-se celeridade em sua realização.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.526 - ES (2012/0047847-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou a ordem impetrada em favor de JEREMIAS DOS SANTOS VIEIRA.

Durante o desconto da pena corporal a ele imposta, o paciente obteve o benefício da progressão ao regime aberto.

Posteriormente, o apenado foi preso em flagrante pela prática do delito de tentativa de roubo majorado. Diante disso, o *Parquet* postulou a regressão do sentenciado ao regime semiaberto.

Em atendimento ao pleito ministerial, o Juízo processante decretou a regressão cautelar do apenado ao regime anterior, designando audiência de justificação, na qual este reconheceu a prática do novo crime, o que implicou em sua transferência definitiva ao regime semiaberto.

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* perante a Corte estadual, arguindo a nulidade da retrocitada audiência, pois esta foi realizada sem a presença a defesa técnica.

A ordem, contudo, restou denegada, conforme se infere da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA QUE DEIXOU DE DESIGNAR DEFENSOR POR DEFICIÊNCIA, APESAR DE NOTIFICADA. APENADO QUE CONFESSA A PRÁTICA DA NOVA INFRAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO E NULIDADE CAUSA PELA PRÓPRIA DEFESA. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O sistema progressivo, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio para a execução das penas privativas de liberdade, tem como objetivo a gradual reinserção do condenado no meio social. Contudo, caso não haja a adaptação deste ao regime menos rigoroso, seja praticando falta disciplinar ou incorrendo em nova prática criminosa, ou ainda descumprindo as condições do regime, poderá ser decretada a sua regressão a regime mais severo, nos termos do art. 118 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execução Penal.

2. Segundo iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores, o cometimento de fato definido como crime doloso, durante o cumprimento da pena, justifica a regressão do regime prisional do apenado.

3. É certo que a audiência de justificação, para fins de regressão de regime, exige a presença de defesa técnica em favor do reeducando, a fim de atender aos postulados do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, não há prejuízo em desfavor do reeducando, pois o próprio confessou a prática da falta grave que ensejou a regressão do seu regime prisional de cumprimento de pena. Além do mais, a ausência de defesa técnica se deu por culpa exclusiva da Defensoria Pública, que alegou impossibilidade de designar defensor para tal ato processual. Impossibilidade de declaração de nulidade do ato judicial, por exegese dos arts. 563 e 565, ambos do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada" (fl. 66).

Daí a presente impetração, na qual a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo repisa os argumentos deduzidos na ordem originária, no sentido da nulidade da audiência de justificação realizada no curso da execução da pena corporal imposta ao ora paciente.

Alega, para tanto, não ter sido intimada a comparecer ao referido ato, tendo este sido realizado sem que fosse garantido o direito à defesa técnica ao apenado, cansando-lhe grave prejuízo.

Aduz, ainda, ser absolutamente nula a audiência de justificação produzida sem a presença do defensor público ou do advogado constituído pelo sentenciado, considerando o flagrante malferimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Afirma, por outro lado, que o simples envio de ofício à Defensoria Pública solicitando a designação de defensor para promover o acompanhamento dos processos em curso no Juízo de 1º grau não substituiu a intimação pessoal da defesa técnica a fim de acompanhar a aludida audiência.

De igual modo, afirma que não pode ser aceita a justificativa dada pelo Magistrado processante, no sentido da impossibilidade de nomeação de advogado para o ato, porque poucos profissionais circulariam na referida Vara. Alega que o Magistrado processante deveria ter enviado ofício à OAB/ES para que esta indicasse um profissional, evitando, assim, o cerceamento de defesa. Acrescenta, ainda, que a serventia judicial está localizada na capital do Espírito Santo a poucos metros dos dois principais fóruns do Estado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reitera não ter sido a Defensoria Pública sequer intimada da data designada para a realização do ato, o que demonstra a absoluta impossibilidade de um dos seus membros comparecer à audiência na qual foi decretada a regressão do apenado ao regime semiaberto.

Pugna, assim, pela anulação da audiência de justificação, determinando a realização de novo ato.

Liminar indeferida à fl. 85.

Informações prestadas às fls. 93/104.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 108/113, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 235.526 - ES (2012/0047847-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou a ordem impetrada em favor de JEREMIAS DOS SANTOS VIEIRA.

Durante o desconto da pena corporal a ele imposta, o paciente obteve o benefício da progressão ao regime aberto.

Posteriormente, o apenado foi preso em flagrante pela prática do delito de tentativa de roubo majorado. Diante disso, o *Parquet* postulou a regressão do sentenciado ao regime semiaberto.

Em atendimento ao pleito ministerial, o Juízo processante decretou a regressão cautelar do apenado ao regime anterior, designando audiência de justificação, na qual este reconheceu a prática do novo crime, o que implicou em sua transferência definitiva ao regime semiaberto.

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* perante a Corte estadual, arguindo a nulidade da retrocitada audiência, pois esta foi realizada sem a presença a defesa técnica.

A ordem, contudo, restou denegada, por maioria de votos, para reconhecer a legalidade da aludida audiência.

Daí a presente impetração, na qual a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo repisa os argumentos deduzidos na ordem originária, no sentido da nulidade da audiência de justificação realizada no curso da execução da pena corporal imposta ao ora paciente.

Alega, para tanto, não ter sido intimada a comparecer ao referido ato, tendo este sido realizado sem que fosse garantido o direito à defesa técnica ao apenado, cansando-lhe grave prejuízo.

Aduz, ainda, ser absolutamente nula a audiência de justificação produzida sem a presença do defensor público ou do advogado constituído pelo sentenciado, considerando o flagrante malferimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma, por outro lado, que o simples envio de ofício à Defensoria Pública solicitando a designação de defensor para promover o acompanhamento dos processos em curso no Juízo de 1º grau não substituiu a intimação pessoal da defesa técnica a fim de acompanhar a aludida audiência.

De igual modo, afirma que não pode ser aceita a justificativa dada pelo Magistrado processante, no sentido da impossibilidade de nomeação de advogado para o ato, porque poucos profissionais circulariam na referida Vara. Alega que o Magistrado processante deveria ter enviado ofício à OAB/ES para que esta indicasse um profissional, evitando, assim, o cerceamento de defesa. Acrescenta, ainda, que a serventia judicial está localizada na capital do Espírito Santo a poucos metros dos dois principais fóruns do Estado.

Reitera não ter sido a Defensoria Pública sequer intimada da data designada para a realização do ato, o que demonstra a absoluta impossibilidade de um dos seus membros comparecer à audiência na qual foi decretada a regressão do apenado ao regime semiaberto.

Pugna, assim, pela anulação da audiência de justificação, determinando a realização de novo ato.

Passo à análise da irresignação.

O Juízo da 5ª Vara Criminal de Vitória - VEPEMA, ao prestar informações no bojo da impetração originária, noticiou:

"Alega a Defensoria Pública ausência de sua intimação para a audiência de justificação, o que contradiz patentemente com o Ofício encaminhado a este Juízo pela própria Defensoria Pública em anexo.

O referido ofício atesta a impossibilidade da designação de um defensor público para acompanhar os fatos processuais da VEPEMA, solicitados reiteradamente por este Juízo.

*Diante da informação de impossibilidade de autuação da Defensoria Pública neste Juízo por diversos meses e da pequena participação de advogados particulares nesta VEPEMA, outra saída não teve este Juízo, que possui mais de 17.000 feitos sob sua competência, senão realizar atos sem a presença de defesa técnica, porém acompanhados pelo Ilustre Representante do Ministério Público, nesta fase da persecução penal atuante como *custus legis*.*

Isso sem falar na possibilidade de prescrição dos feitos, nos adiamentos de audiências de réus presos e nos atrasos dos atos processuais que levariam a um caos ainda maior a esta VEPEMA, que já atua com um número extrapolado de feitos, caso parasse o andamento dos processos em razão dos processos da Defensoria Pública.

Impende destacar que no caso em tela o apenado praticou novo crime doloso, hipótese de regressão de regime que se deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observar a prévia oitiva do condenado conforme previsão do artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, o que foi devidamente atendido por este Juízo na realização da audiência que regrediu definitivamente o regime.

Assim, tendo sido a audiência realizada sem a presença de defesa técnica em razão do não comparecimento da defesa intimada para o ato, entende este Juízo que não restou configurado constrangimento ilegal a paciente, eis que observados todos os requisitos legais" (fls. 51/52).

O Colegiado *a quo*, ao denegar a ordem por maioria de votos, rechaçou a tese de nulidade da audiência de justificação. Cumpre transcrever o seguinte excerto do acórdão ora combatido:

"Como se vê, não há como acolher o pleito defensivo, na medida em que ora paciente não está sofrendo nenhum constrangimento ilegal. Isto porque, apensar de a audiência de justificação ter ocorrido sem a presença de defesa técnica, não obstante tenha sido notificada a comparecer a tal ato processual - fls. 60/62 -, foi propiciado ao paciente oportunidade para manifestar-se quanto aos fatos imputados, ocasião em que confessou ter praticado o segundo delito de roubo.

É certo que a audiência de justificação, para fins de regressão de regime, exige a presença de defesa técnica em favor do reeducando, a fim de atender aos postulados do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, não vejo nenhum prejuízo em desfavor do reeducando, pois o próprio confessou a prática da falta grave que ensejou a regressão do seu regime prisional de cumprimento de pena. Além do mais, a ausência de defesa técnica se deu por culpa exclusiva da Defensoria Pública, que alegou impossibilidade de designar defensor para tal ato processual.

Em casos tais, impossível a declaração de nulidade do ato judicial, em conformidade com o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que "nenhum ato será considerado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo à acusação ou para a defesa", bem como por força do previsto no art. 565, do mesmo diploma legal, o qual prescreve que "nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para qual tenha concorrido".

A bem da verdade, a almejada concessão da ordem ocasionaria uma mera repetição inútil do ato processual questionado, na medida em que o ora paciente confessou a prática do novo delito, o que acabaria por violar frontalmente os princípios da economia processual e da razoável duração do processo, além de não trazer nenhuma vantagem para as partes envolvidas" (fl. 71/72).

A teor do art. 118, inciso I, da LEP, a execução da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficará sujeita à forma regressiva quando o apenado praticar fato definido como crime doloso no curso da execução.

Na hipótese dos autos, verifica-se que o paciente foi apreendido em flagrante pela prática de novo delito patrimonial enquanto descontava pena em regime aberto, tendo o Magistrado das Execuções determinado a sua regressão cautelar de regime. Demais disso, determinou a designação de data para a realização da audiência de justificação e a intimação do *Parquet* (fls. 30/31).

Durante o retrocitado ato, o apenado foi ouvido, sem a assistência de defensor, tendo reconhecido a prática delitiva, o que implicou em regressão definitiva ao regime intermediário (fls. 33).

Com efeito, esta Turma firmou entendimento, ao interpretar o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave. Contudo, a jurisprudência entende ser indispensável a realização de audiência de justificação, na qual devem ser observados aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade absoluta.

À propósito, trago à colação os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. NULIDADE NO PAD - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. PACIENTE OUVIDO NA FASE JUDICIAL COM ASSISTÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INTERRUÇÃO DE PRAZO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Não resta configurado qualquer prejuízo ao apenado se antes da homologação da falta grave é assegurado a ele o direito de ser ouvido em audiência de justificação, realizada em juízo com assistência de defesa técnica, no caso prestada pela Defensoria Pública, inexistindo a alegada nulidade por violação à ampla defesa ou ao contraditório. 2. Segundo a pacífica jurisprudência desta Corte a realização do PAD pode, inclusive, ser dispensada, não havendo que se falar, portanto, na existência de nulidade ocorrida nesta fase preliminar de apuração, se na fase judicial do processo é assegurada a garantia ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. 3. Muito embora a prática de falta grave possa acarretar a regressão de regime prisional e a perda dos dias remidos, nos termos dos artigos 118 e 127, ambos da Lei nº 7.210/1984, a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC nº 123.451/RS, firmou compreensão no sentido de que ela não deve ser considerada marco interruptivo para a contagem de prazos para obtenção de futuros benefícios da execução. 4. Habeas corpus concedido, em parte, para determinar que não haja interrupção da contagem do prazo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento de pena" (HC 186161 / RS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE, SEXTA TURMA, DJe 15/06/2011 - grifei).

Assim, o reconhecimento da prática infracional e a consequente regressão ao regime mais gravoso depende da prévia oitiva do apenado em juízo, em audiência na qual lhe seja garantido o direito à defesa técnica, conforme preleciona o § 2º do artigo 118 da Lei de Execução Penal, o que não foi observado na hipótese.

Em verdade, em que pesem as dificuldades estruturais da Defensoria Pública estadual, a ausência de defesa durante a audiência implica em nulidade do ato, sendo irrelevante o fato de o paciente ter reconhecido a prática da falta disciplinar de natureza grave.

Ademais, ao Julgador processante compete suspender a realização da audiência ao constatar a ausência de defensor público, devendo designar defensor *ad hoc* ou, caso não seja possível, adiar o ato, enviando ofício à Ordem dos Advogados, a fim de esta indique profissional para patrocinar a defesa do apenado.

Nesse contexto, deve ser cassada a audiência de justificação realizada nos autos da execução nº 222.2009.7473, em curso na Quinta Vara Criminal de Vitória, determinado a reprodução do ato, na qual deve ser garantido o direito do ora paciente à defesa técnica, recomendando-se celeridade em sua realização.

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos acima deduzidos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0047847-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 235.526 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100110036371 222200907473

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : GIULIANO MONJARDIM VALLS PICCIN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JEREMIAS DOS SANTOS VIEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.