



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.525 - RS (2010/0180165-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROBSON CHAVES
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. ASSISTÊNCIA DE AGENTE PENITENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 59 DA LEP QUE ASSEGURA O DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. 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. Precedentes.

2. 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.

3. Artigo 59 da LEP que assegura o direito de ampla defesa. É de se perceber que, *in casu*, ela não foi exercida a contento, pois a oitiva do reeducando foi acompanhada apenas por agente penitenciária, o que não se mostra possível. A autodefesa é renunciável, jamais poderia sê-lo a defesa técnica. O Paciente foi ouvido sem a intervenção do defensor. É impensável admitir-se que tal atuação seja apta a sanar a imprestabilidade da instrução írrita.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, anular a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 20/05/2008, pelo Paciente, bem como todos os efeitos dela decorrentes.

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 Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 19 de abril de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.525 - RS (2010/0180165-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROBSON CHAVES
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBSON CHAVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Agravado em Execução n.º 70037533759).

Extraí-se dos autos que o Juízo da Vara de Execuções Criminais reconheceu a prática de falta grave em PAD no qual a defesa do paciente foi exercida por agente penitenciário, o que implicaria ausência de defesa técnica, desrespeitando assim o princípio da ampla defesa.

Irresignada, a Defesa manejou Agravo em Execução, que foi improvido em aresto do qual se extrai o seguinte:

Trata-se de agravo em execução interposto, via Defensoria Pública, por **ROBSON CHAVES** contra a decisão de fls. 15/17v destes autos, prolatada pelo Dr. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Santo Ângelo, que reconheceu a prática de falta grave e determinou, por consequência, a regressão de regime para o fechado, a perda dos dias remidos e a alteração da data-base para a data da recaptura.

(...)

ROBSON CHAVES demonstra irresignação ante o decidir de fls. 15/17v destes autos, que reconheceu o cometimento de falta grave (fuga) pela ora agravante, decretando a regressão de regime para o fechado, a perda dos dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios, qual seja a data de sua recaptura, 19/02/2010.

TEOR DA DECISÃO RECORRIDA. TRANSCRIÇÃO PARCIAL.

“(…) No caso, o apenado Robson, conforme informação da administração prisional, empreendeu fuga do Albergue local, sendo que evadiu do pátio no dia 14/02/2010, tendo sido recapturado em 19/02/2010. Em audiência justificativa, o apenado admitiu a fuga. Referiu que não evadiu do pátio do Albergue, ficou vagando pelas ruas da cidade, alegando que possuía inimidades com outros albergados, porém, não citou nomes, sendo que uma palavra resta isolada nos autos, uma vez que nem mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicou testemunhas que tivessem conhecimento destas “inimizades”. Aliás, a circunstância de ter sido recapturado, sem retorno espontâneo à casa prisional, bem demonstra a intenção do sentenciado em descumprir a reprimenda. Deixar-se de reconhecer a falta disciplinar em hipótese como a dos autos seria criar perigoso precedente no tocante à disciplina exigida no cárcere. Com relação aos dias remidos, com fulcro no art. 127 da LEP, são perdidos com a prática de falta grave, pois referido benefício rege-se, com a devida vênia de posições contrárias, por cláusula de revogação com efeito retroativo, exigindo do apenado senso de responsabilidade e disciplina. Caso descumpra o acordo, o efeito será a perda dos dias abatidos com a remição, que não é direito adquirido do apenado, cabe ressaltar, enquanto executada a pena, uma vez que somente ingressará no patrimônio jurídico do sentenciado após a extinção desta. (...) Referente à data-base para obtenção de novo benefício de progressão, efetivamente deve ser alterada, passando a contar novo período, uma vez que operando-se a regressão deverá o apenado cumprir o percentual exigido neste novo regime para somente após obter direito à nova progressão. No tocante a regressão do regime, é consequência do reconhecimento da falta disciplinar grave, nos termos do art. 118, I, da LEP. Isso posto, não acolho a justificativa do apenado e reconheço a prática de falta grave, com força no art. 50, inciso II, da Lei 7.210/84, determinando, por consequência: a) a regressão para o regime fechado; b) a perda dos dias remidos; c) alteração da data-base, para novo pedido de progressão, devendo constar a data da recaptura. Em 25/05/2010.” (sic).

PRELIMINAR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. DEFESA FEITA POR AGENTE PENITENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DESCABIMENTO.

Na espécie, entende-se de rejeitar a preliminar de nulidade do feito, na esteira do parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, que assim dispôs (42/45):

“ (...) **ROBSON CHAVES** foi condenado à pena de 30 anos de reclusão, tendo dado início ao cumprimento em 22/04/2005. Não é reincidente e, atualmente, encontra-se em regime fechado (fl. 20).

Inicialmente, a **preliminar** suscitada não merece prosperar, tendo em vista a Súmula Vinculante nº 05 do STF: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Além disso, a audiência de justificação observou o devido processo legal, de sorte que restam superadas quaisquer irregularidades apontadas no presente recurso. (...)”. (sic).

Sustenta o agravante que é nula a decisão, tendo em vista que o apenado não indicou advogado particular para acompanhá-lo em audiência administrativa e que o Conselho Disciplinar não cientificou a DPE, nem qualquer outro profissional habilitado. Insurge-se, assim, quanto ao fato de que a defesa do apenado foi incumbida à agente penitenciária Elza Terezinha Luz de Oliveira.

Não lhe assiste razão.

Vejamos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, insta ressaltar que todo o Processo Administrativo Disciplinar ocorreu de forma hígida.

Conforme verifica-se à fl. 05v, foi devidamente instaurado o Processo Administrativo Disciplinar. Houve a notificação administrativa, consoante se apreende da fl. 06, documento este que traz, inclusive, a assinatura do próprio apenado, o que, logicamente, comprova a sua ciência da acusação que lhe foi feita.

Além disso, a ausência de advogado habilitado durante o procedimento administrativo (oitiva do apenado à fl.06 somente na presença dos membros do Conselho Disciplinar), ainda que possa ser tida como eventual nulidade do PAD, não tem o condão de contaminar a decisão judicial que reconheceu a prática de falta grave e determinou os consectários legais.

É certo que o artigo 23, por seu inciso II, do Regimento Disciplinar Penitenciário, estatui:

“Art. 23. Os atos do Conselho Disciplinar orientar-se-ão pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade e ampla defesa, observando-se o seguinte rito:

(...)

II - no mesmo ato o apenado poderá indicar defensor, bem como as provas que pretende produzir em audiência e, na hipótese do apenado não indicar defensor, o Conselho Disciplinar cientificará da audiência de instrução e julgamento a defensoria pública e/ou profissional da área jurídica que possa exercer a defesa; (...).”

Ocorre que, na espécie, compulsando os autos, extrai-se que o apenado, quando do seu interrogatório (fl. 29), foi acompanhado pela Agente Penitenciária Elza Terezinha Luz de Oliveira.

Porém, de quando seu interrogatório, o apenado ROBSON CHAVES, declarou que somente iria justificar-se em juízo. Assim sendo, a presença da Agente Penitenciária Elza Terezinha Luz de Oliveira não trouxe qualquer prejuízo à defesa do mesmo.

Por outro lado, cumpre ressaltar que **se a ausência de Procedimento Administrativo Disciplinar não impede o reconhecimento da falta grave pelo juízo das execuções, com a aplicação das medidas cabíveis** - devendo sempre ser observados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o que, a evidência, na espécie, foi cumprido pelo juízo monocrático, que não está vinculado à decisão proferida no âmbito administrativo -, não é um vício no procedimento administrativo que tornará nula a decisão proferida no âmbito judicial.

E no caso em comento, a decisão judicial não se restringiu a homologar o PAD, mas expressamente reconheceu a prática de falta grave, determinando, em consequência, as medidas que entendeu cabíveis.

Desta forma, não vislumbro a nulidade alegada pela defesa, porquanto houve observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido:

(...)

MUDANÇA DA DATA-BASE. A SER CONSIDERADA A DATA DA RECAPTURA.

Caracterizada a infração disciplinar grave, acertada é a interrupção da contagem do lapso necessário à concessão de eventuais benefícios previstos na Lei 7.210/84.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se do efeito interruptivo das causas de regressão do regime prisional, aplicável mesmo que o apenado já se encontre no regime fechado, quanto mais quando transita do semi-aberto para o fechado, como no caso.

E, consubstância a data da recaptura, nova data-base, a oportunidade em que, efetivamente, passou – ou, ao menos, deveria passar – o apenado a cumprir pena no regime mais severo. Tendo em vista o cometimento de falta grave (fuga), é de ser alterada a data-base para a obtenção de benefícios futuros, qual seja, a data da recaptura.

Esse entendimento encontra total ressonância em inúmeros julgados desta Corte e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...)

PRÁTICA DE FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. PERDA DOS DIAS REMIDOS.

Com efeito, por força do reconhecimento da prática de falta grave, necessariamente passa a incidir o artigo 127 da Lei de Execução Penal:

(...)

Em consequente, apurada a falta grave, torna-se plenamente possível que ocorra a perda dos dias remidos em havendo a punição por falta grave, iniciando-se novo período de contagem do tempo de serviço para fins de remição.

Não há ofensa à coisa julgada, tampouco aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Por fim, é de ser feita referência à Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal que pacificou o entendimento quanto à possibilidade de perda dos dias remidos ante o reconhecimento de falta grave.

Diz a Súmula Vinculante nº 09: "O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

Vejamos:

(...)

Assim sendo, acertada está a decisão da magistrada *a quo* que, ao reconhecer a prática de falta grave pelo apenado ROBSON CHAVES, homologou o Processo Administrativo Disciplinar e aplicou seus consectários legais, quais sejam eles, a regressão de regime para o fechado, a perda dos dias remidos e alteração da data-base para a concessão de novos benefícios.

Assim, voto pelo **desprovimento** do presente agravo defensivo. (fls. 80-95).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta a nulidade do Procedimento Administrativo Disciplinar - PAD.

Salienta, de outra parte, ser ilegal a alteração da data base para outros benefícios, em razão da falta grave, igualmente, a perda dos dias remidos, bem como írrita a regressão carcerária.

Requer, liminarmente e no mérito, a cassação do aresto guerreado, para restabelecer a data-base original, o regime prisional e a remição, isto pela nulidade do PAD.

A liminar foi indeferida às fls. 104-108.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 115-140.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 186.525 - RS (2010/0180165-4)

EMENTA

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. ASSISTÊNCIA DE AGENTE PENITENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 59 DA LEP QUE ASSEGURA O DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. 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. Precedentes.

2. 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.

3. Artigo 59 da LEP que assegura o direito de ampla defesa. É de se perceber que, *in casu*, ela não foi exercida a contento, pois a oitiva do reeducando foi acompanhada apenas por agente penitenciária, o que não se mostra possível. A autodefesa é renunciável, jamais poderia sê-lo a defesa técnica. O Paciente foi ouvido sem a intervenção do defensor. É impensável admitir-se que tal atuação seja apta a sanar a imprestabilidade da instrução írrita.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, anular a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 20/05/2008, pelo Paciente, bem como todos os efeitos dela decorrentes.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

O objeto da impetração cinge-se ao pedido de anulação do processo administrativo disciplinar, em face do cerceamento da ampla defesa e do contraditório, em razão da ausência de defensor na sindicância.

Em caso semelhante esta Sexta Turma, no julgamento do *habeas corpus* n. 135.082/SP, ocorrido em 03.02.2011, de minha relatoria, cassou o acórdão atacado, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em razão da ausência de advogado. O acórdão restou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 descrimen. 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:

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].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 DENEGACÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O artigo 59 da LEP assegura o direito à ampla defesa. É de se perceber que, *in casu*, ela não foi exercida a contento, pois a oitiva do reeducando foi acompanhada apenas por agente penitenciária, o que não se mostra possível. Já se pontuou que se a autodefesa é renunciável, jamais poderia sê-lo a defesa técnica. O Paciente foi ouvido sem a intervenção do defensor. 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, anular a sindicância para apuração de falta grave cometida pelo Paciente, em tese, ocorrida em 14.02.2010, bem como todos os efeitos dela decorrentes.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0180165-4

HC 186.525 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 239402 70037533759

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ROBSON CHAVES
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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