

15/12/2009

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 398.269 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE. (S) : JAIR POLETO
PROC. (A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
RECDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE
DO SUL

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Execução criminal. Progressão de regime. 3. Processo administrativo disciplinar para apurar falta grave e determinar a regressão do regime de cumprimento da pena. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Recurso conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009.

Ministro **GILMAR MENDES**
Presidente e Relator
(RISTF, art. 148, parágrafo único)



15/12/2009

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 398.269 RIO GRANDE DO SUL

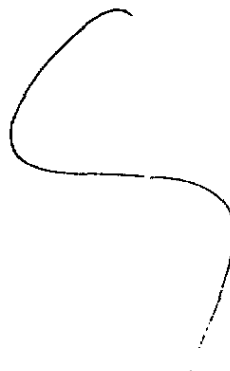
RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE. (S) : **JAIR POLETO**
PROC. (A/S) (ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECDO. (A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROC. (A/S) (ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto por JAIR POLETO, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao Agravo n.º 70004292074 para manter a decisão do Juízo da Execução Penal no sentido da regressão de regime de cumprimento de pena para o fechado. Eis o teor da ementa (fl. 76):

"AGRAVO EM EXECUÇÃO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE PELO APENADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO PAD. REGRESSÃO DE REGIME CARCERÁRIO. REVOGAÇÃO DO TRABALHO EXTERNO E DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS. Recurso improvido" - (fl. 76).

Em 11.5.1999, o Tribunal do Júri da Comarca de São Valentim/RS condenou o recorrente pela prática do crime de homicídio qualificado por asfixia (CP, art. 121, § 2º, III) à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado (fls. 11-12).



RE 398.269 / RS

A apelação da defesa foi desprovida em 10.8.1999 (fls. 13-20), iniciando-se o cumprimento da pena, em 16.12.1999, no regime fechado (fl. 45).

A defesa formulou pedidos de progressão de regime e de saída temporária da prisão, que foram deferidos, respectivamente, em 4.10.2001 e em 24.10.2001, de modo que o apenado passou a cumprir a pena em regime semiaberto, obtendo também o direito a saída temporária a partir de 26.10.2001, por um prazo de 34 dias (fl. 47).

Em 5.11.2001, veio aos autos a comunicação de fuga do detento (fl. 21), que foi recapturado, em 19.11.2001, após a expedição de mandado de prisão (fl. 23).

Em 20.11.2001, foi apresentado termo de denúncia comunicando a prática de falta disciplinar de natureza grave, prevista no art. 50, II, da Lei n.º 7.210/84 (fl. 28). Na mesma data, foi publicada a Portaria n.º 061/2001 para instalação de processo administrativo disciplinar (fl. 29). Ainda no mesmo dia, o recorrente foi notificado da denúncia para, querendo, constituir defensor (fl. 31).

O recorrente foi ouvido pessoalmente e, segundo o relatório elaborado pelo Conselho Disciplinar, "recebida a denúncia [...] o preso não abonou sua fuga através de depoimento" (fl. 33).

O Conselho Disciplinar concluiu o procedimento disciplinar em 25.11.2001, sugerindo ao administrador do presídio de Erechim/RS a reclassificação da conduta do apenado para péssima, em virtude da fuga (fl. 34).



RE 398.269 / RS

Foi realizada audiência de justificação, e o Ministério Público manifestou-se pela homologação da sindicância e regressão do regime carcerário, enquanto a defesa requereu a manutenção do regime semiaberto (fl. 44).

Em 13.2.2002, o Juiz de Direito da VEC de Erechim/RS determinou a regressão do regime de Jair Poletto para o fechado (fl. 44, verso e anverso).

A defesa interpôs o agravo em execução (fls. 2-9), desprovido à unanimidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 76-79).

Contra o acórdão foi interposto o presente recurso extraordinário (fls. 82-86), em que se alega violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"À toda evidência, o aresto fustigado, ao negar provimento ao agravo da defesa, incidiu em grave afronta a dispositivo da Constituição Federal, exatamente no que pertine às garantias fundamentais.

Assim se manifestou o acórdão fustigado:

'Inocorreu qualquer nulidade no procedimento administrativo disciplinar que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado, o qual deixou de retornar ao presídio em uma de suas saídas temporárias, sendo capturado pela Brigada Militar alguns dias depois.' (fl.78)

Todavia, o procedimento está maculado por nulidade absoluta, pela inobservância do disposto no artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal, pela não observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nessa última incluída, principalmente, a defesa técnica.

[...]

Assim, o contraditório e a ampla defesa devem ser observados no processo administrativo disciplinar, incluindo a defesa técnica e a autodefesa, ensejando nulidade, na espécie, por não ter sido nomeado defensor ao ora agravante naquele procedimento" - (fls. 85-86).

Em contrarrazões (fls. 88-91), o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul sustentou ausência de

RE 398.269 / RS

prequestionamento de matéria constitucional, incidindo as Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF. No mérito, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, reiterando os argumentos aduzidos nas contrarrazões (fls. 51-58) e no parecer ministerial (fls. 62-67) apresentados no agravo em execução.

O extraordinário teve seguimento negado no Tribunal *a quo* (fls. 93-95), vindo a subir em razão do provimento do Agravo de Instrumento n.º 447.320/RS (DJ 23.5.2003), interposto perante o Supremo Tribunal Federal (fl. 98).

Às fls. 107-110, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, em razão do desrespeito à garantia da ampla defesa no procedimento administrativo que apurou a falta grave imputada ao apenado. No caso de não conhecimento do recurso, o órgão ministerial opinou pela concessão de habeas corpus de ofício.

É o relatório.



RE 398.269 / RS

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Em parecer de fls. 107-110, o Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, assim se manifestou:

"[...] 2. O recurso foi processado em razão do provimento de agravo de instrumento.

3. Lê-se no acórdão recorrido, na parte que interessa à solução da controvérsia (fl. 78):

'Inocorreu qualquer nulidade no procedimento administrativo disciplinar que reconheceu o cometimento de falta grave pelo apenado, o qual deixou de retornar ao presídio em uma de suas saídas temporárias, sendo capturado pela Brigada Militar alguns dias depois.

Como se verifica, o apenado foi notificado da instauração do aludido procedimento, inclusive para, querendo, constituir defensor (fl.31).

O apenado, entretanto, permaneceu silente a esse respeito. Assim como também o fez na audiência em que foi ouvido, não manifestando ao presidente da sindicância, em momento algum, qualquer intenção de constituir defensor. Preferiu exercer seu direito pessoal de defesa.

Não pode agora, depois de encerrado o procedimento, postular a nulidade do PAD, por cerceamento de defesa'.

4. O caso é de falta grave, que se processa em duas fases. Depois da conclusão do procedimento administrativo disciplinar (Lei de Execução Penal art. 59), cabe ao juiz da execução, com observância do contraditório, decidir em definitivo sobre a regressão do regime (Lei de Execução Penal arts. 50-II, 48, parágrafo único, 118-I, § 2º). Quanto à fase judicial não parece haver mais controvérsia sobre a necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Observa Ela W. V. de Castilho que a Lei 7.210/84 'ao estabelecer a jurisdicionalização da execução penal, como uma das linhas mestras da reforma penitenciária, instituiu um procedimento especial de modo a caracterizar o processo da execução penal como um processo de partes' (Controle da Legalidade na Execução Penal. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 98-9). E, conforme explicitado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence no HC 67.607-SP, 'a tendência contemporânea é, cada vez mais, para a acentuação do caráter jurisdicional das intervenções do juiz na execução penal'.

5. No caso concreto, na fase judicial, o recorrente contou com a assistência de advogado. O problema está na fase administrativa, em que se considerou suficiente a notificação do apenado para constituir advogado, entendendo o acórdão recorrido, em face do silêncio do apenado, que ele abrisse mão da defesa técnica, preferindo 'exercer seu direito pessoal de defesa'. Ora essa conclusão não atende à exigência do art. 59 da Lei de Execução Penal que assegura o direito de defesa do

RE 398.269 / RS

faltoso pois, como bem lembrado por Ela W. V. de Castilho, 'a oportunidade do contraditório não assegura por si só a ampla defesa' (op. cit. p. 103). Nem se pode dizer que a posterior intervenção do advogado supre a ausência de defesa na primeira fase. Donde se conclui que não atende à garantia da ampla defesa a mera intimação para constituir defensor, mormente se o apenado fora patrocinado, no processo de conhecimento, por defensor dativo.

6. Isso posto, opino pelo conhecimento e provimento do recurso ou, no caso de não-conhecimento, pela concessão de *habeas corpus de ofício*" - (fls. 109/110).

Considerando a data da intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (26.9.2002), a data de interposição do extraordinário (23.10.2002) e a contagem do prazo em dobro para a Defensoria Pública, concluo pela tempestividade do recurso.

Os autos estão devidamente instruídos com as peças essenciais para a compreensão da controvérsia.

Ademais, a matéria constitucional encontra-se devidamente prequestionada, pois o tema do contraditório e da ampla defesa tem sido discutido nos autos desde a origem, conforme se observa do seguinte excerto da decisão do Juízo da Vara das Execuções Criminais de Erechim/RS, que decidiu pela regressão do regime carcerário do recorrente:

"[...] no que diz respeito à justificação, tenho que as razões apresentadas pelo apenado não convencem. Com efeito, o apenado disse ter ido até o interior de Nonoai, em visita a familiares. Lá adoeceu e não retornou dentro do prazo estabelecido para a saída. Então, resolveu trabalhar e não retornou mais ao presídio. Ora, se o apenado adoeceu, a atitude correta era apresentar-se ao presídio com o comprovante da consulta médica ou de eventual internação, o quanto antes, mas não permanecer sem se apresentar por um longo período como foi feito. Nota-se que o apenado descumpriu as normas básicas da execução, denotando a falta de senso de responsabilidade para estar no regime semi-aberto e usufruir dos direitos compatíveis com tal regime. Faz-se necessária a sua regressão para regime mais rigoroso e, então, dar mostras de boa conduta carcerária para buscar, no futuro, uma nova progressão.

A punição administrativa não tem o condão de afastar consequências jurisdicionais do seu ato.

A sindicância obedeceu às fórmulas legais, sendo o preso cientificado para constituir defensor em tempo hábil e não o fez. Em juízo, foi garantido o contraditório e a ampla defesa, através do Defensor Público.

RE 398.269 / RS

Caracterizada está a falta grave, devendo o preso regredir de regime, tendo como data de regressão o dia 19 de novembro de 2001, uma vez que, a partir da captura não mais usufruiu de qualquer dos benefícios do regime semi-aberto, estando cumprindo a pena sob as regras do regime fechado" - (fl. 44 e verso).

Vê-se que as normas tidas por violadas foram objeto de adequado prequestionamento.

Conheço, portanto, do presente recurso extraordinário.

No mérito, os autos cuidam de suposta nulidade da decisão da Vara de Execuções Penais da Comarca de Erechim/RS, que determinou a regressão do regime de cumprimento de pena, em razão de alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A respeito, dispõe o art. 118, § 2º, da LEP:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
(...)
§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Ao compulsar os autos, verifica-se que o recorrente foi interrogado no procedimento administrativo, **praticando o ato de defesa sem a presença de defensor, conforme consta do termo de declaração (fl. 32)**. Não houve, assim, garantia de defesa plena ao acusado no procedimento administrativo disciplinar instaurado para apurar falta grave, estando em jogo a liberdade de ir e vir.

Assim, entendo violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Segundo a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, é nulo o ato formalizado para apurar o cometimento de falta grave por apenado, em procedimento administrativo

RE 398.269 / RS

disciplinar, que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme as ementas a seguir transcritas:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CONDENADO SUBMETIDO À SINDICÂNCIA PARA APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DEFESA TÉCNICA.

Formalidade a ser observada, sob pena de nulidade do procedimento - que pode repercutir na remição da pena, na concessão de livramento condicional, no indulto e em outros incidentes da execução -, em face das normas do art. 5º, LXIII, da Constituição, e do art. 59 da LEP, não sendo por outra razão que esse último diploma legal impõe às unidades da Federação o dever de dotar os estabelecimentos penais de serviços e de assistência judiciária, obviamente destinados aos presos e internados sem recursos financeiros para constituir advogado (arts. 15 e 16).

Habeas corpus deferido." (HC 77.862-7/SP, Min. Ilmar Galvão, DJ 2.4.2004)

"EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME. SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. ARTS. 111 E 118 DA LEI 7.210/84. REMIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 9 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VETOR ESTRUTURAL. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA.

I - A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime.

II - A prática de "fato definido como crime doloso", para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva.

III - A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena.

IV - A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana.

V - Incidência do teor da Súmula vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal quando à perda dos dias remidos.

VI - Ordem denegada. (HC 93.782/RS, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.10.2008).

EMENTA: HABEAS CORPUS. REGIME DE PENA. REGRESSÃO. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Ao regredir a paciente para regime mais gravoso, a decisão impetrada desconsiderou as contraprovas indicadas pela defesa para refutar a versão apresentada, incorrendo em cerceio do contraditório e prejuízo da ampla defesa.

Habeas corpus deferido. (HC 74.764/RJ, Min. Ilmar Galvão, DJ 11.4.1996).

RE 398.269 / RS

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante n.º 5, que dispõe: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível.

Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, VII e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV).

Esta Corte já se defrontou com a erronia da aplicação da Súmula Vinculante n.º 5 para convalidar procedimento administrativo disciplinar com a finalidade de apurar o cometimento de falta grave por detento. É verdade que se conta apenas com decisões monocráticas, formalizadas em exame de pleitos liminares indeferidos, por ter-se entendido como ausente o requisito do *periculum in mora*. Todavia, esclarece bem a natureza do Enunciado. Transcrevo trechos das referidas decisões:

"7. Na espécie em foco, a Reclamante afirma ser indevida a aplicação da Súmula Vinculante n.º 5 ao caso.

Em efeito, a simples leitura dos precedentes utilizados na elaboração da Súmula Vinculante n. 5 evidencia a ausência de identidade entre a natureza das sanções resultantes dos procedimentos administrativos neles tratados (previdenciário: RE 434.059, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.9.2008; fiscal: AI 207.197-AgR, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 5.6.1998; disciplinar-estatutário/militar: RE 244.027-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.6.2002; e em tomada de contas: MS 24.961, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 4.3.2005) com o procedimento disciplinar para apuração de falta grave no âmbito da execução penal, donde a densa plausibilidade nas alegações da Reclamante.

Essa circunstância é realçada pelo precedente referido na petição inicial (HC 77.862), no qual o eminente Ministro

RE 398.269 / RS

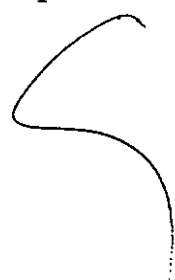
Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto naquele julgamento, afirma que eventual condenação advinda da jurisdição disciplinar instaurada para apuração de falta grave imputada ao condenado à pena privativa de liberdade resultaria em verdadeira sanção penal, considerada, especialmente, a perda da remição. "E para imposição de sanção penal," - advertiu Sua Excelência, acompanhando a maioria formada na ocasião - "acho absolutamente coerente com os princípios constitucionais a exigência de defesa técnica". (Rcl 8.827, Min. Cármen Lúcia, monocrática, DJ)

"5. No caso, **não** tenho como demonstrado o perigo da demora, em que pese a consistência da tese que impulsiona a presente ação. Consistência essa evidenciada no fato de a Súmula Vinculante nº 05 ("A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.") não alcançar os procedimentos administrativos vinculados à execução penal. Sobre o tema, a decisão da Min. Cármen Lúcia na Reclamação 8827 MC é precisa (...)
(...)

6. Averbo, contudo, que o reclamante não se desincumbiu da demonstração dos elementos caracterizadores do perigo da demora. O argumento de *fazer cessar a 'sensação de grave insegurança jurídica ora instalada'* não é suficiente para a concessão da medida acauteladora. Pelo que **indefiro o pedido de medida liminar.**" (Rcl-MC 9.122, Min. Carlos Britto, monocrática, DJ 19.10.2009)

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e anular a decisão do Juízo de Execuções Penais da Comarca de Erechim/RS, que decretou a regressão do regime de cumprimento de pena de Jair Poletto sem a observância do princípio do devido processo legal.

É como voto.



SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 398.269**

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S): JAIR POLETO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO
SULRECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SULPROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

Decisão: Deu-se provimento ao recurso. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Não participou do julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 15.12.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador