

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):** Cuida-se de ação direta em que o Procurador-Geral da República questiona a constitucionalidade dos arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 37, parágrafo único, do Decreto n. 46.534/2009 do Estado do Rio Grande do Sul.

O cerne da questão está em saber se a prescrição da pretensão punitiva no âmbito do procedimento destinado a apurar falta disciplinar no curso da execução da pena constitui matéria de direito penal. Há que verificar, assim, a compatibilidade com a Constituição Federal, especificamente com o art. 22, I, nela contido, dos arts. 36, *caput* e parágrafo único; e 37, parágrafo único, do Decreto n. 46.534, de 4 de agosto de 2009, do Rio Grande do Sul, por meio do qual aprovado o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado.

Os preceitos impugnados versam sobre a prescrição da pretensão punitiva no âmbito do processo administrativo instaurado para apuração de falta disciplinar cometida por condenado, nos seguintes termos:

Decreto estadual nº 46.534, de 04 de agosto de 2009

Art. 36 – Considerar-se-á extinta a punibilidade pela prescrição quando, a partir do conhecimento da falta, não ocorrer a instauração do Procedimento Disciplinar no prazo de 30 (trinta) dias úteis. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Parágrafo único – Nos casos de fuga, inicia-se o cômputo do prazo a partir da data do reingresso do preso no sistema prisional, oportunidade em que será comunicada imediatamente a recaptura a Poder Judiciário para que proceda da forma do art. 22, III. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Art. 37 – O Procedimento Disciplinar deverá ser concluído no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da sua instauração, podendo ser prorrogado por 30 (trinta) dias na hipótese de justificada necessidade. (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

Parágrafo único – A prorrogação que trata o *caput* deste artigo será concedida pela autoridade administrativa a quem o Conselho Disciplinar estiver vinculado e, caso o procedimento não seja concluído no prazo previsto, será considerado prescrito.

Transcrevo, ainda, o dispositivo da Carta da República indicado como parâmetro para o controle de constitucionalidade a ser realizado na presente ação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;  
[...]

Pois bem. O princípio constitucional da individualização da pena, encerrado no art. 5º, XLVI, da Carta Magna, apresenta as seguintes dimensões: (i) necessidade de observância da proporcionalidade entre a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal e a conduta descrita no tipo; (ii) concretização da pena pelo magistrado em conformidade com a conduta singular do agente e na medida de sua culpabilidade (CP, art. 59); e (iii) individualização no momento da execução, por meio de um sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade em que seja considerada a natureza do crime cometido e o comportamento do condenado (CF, art. 5º, XLVIII).

De acordo com o *caput* do art. 33 do Código Penal, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto; e a de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência para o fechado. O § 2º do mesmo artigo estipula que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os critérios inseridos nas alíneas “a” a “c” e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso. Vejamos:

Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º – Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado

ou estabelecimento adequado.

§ 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A Lei de Execução Penal (LEP) – Lei n. 7.210, sancionada em 11 de julho de 1984 – disciplina os regimes prisionais fechado, semiaberto e aberto, bem assim os direitos e deveres do preso, de modo a concretizar o princípio constitucional da individualização da pena na fase de execução (CF, art. 5º, XLVI). No art. 39, I, o diploma estabelece entre os deveres do condenado o de manter comportamento disciplinado e o de cumprir fielmente a sentença. No art. 49, diferencia as faltas disciplinares entre leves, médias e graves, além de prever, de forma expressa, que apenas as leves e médias serão classificadas pela legislação local, bem assim suas específicas sanções.

Consideradas as faltas disciplinares referidas no art. 49 da LEP, são tipificadas como graves as dos arts. 50, 51 e 52 do mesmo diploma legal.

A sanção disciplinar somente poderá ser aplicada depois de instaurado o processo administrativo para apuração da falta, conforme dispõe o art. 59 da LEP, que se encontra em conformidade com a garantia inserta no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal.

A LEP é, contudo, omissa quanto ao prazo prescricional para a formalização de referido procedimento, nada obstante a constatação da falta possa resultar na transferência do condenado para regime prisional mais rigoroso.

A fim de preencher essa lacuna deixada pela legislação, o Decreto

estadual n. 46.534/2009 veio estipular, nos arts. 36 e 37 ora impugnados, o prazo para instauração e conclusão do processo administrativo disciplinar a que alude a LEP.

Ocorre que, consoante o art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual penal.

Entre os direitos materiais de natureza penal aplicáveis ao condenado, destacam-se, no que interessa ao julgamento desta ação, aqueles atinentes à individualização da pena, à suspensão condicional da pena (*sursis*), à progressão do regime de cumprimento, ao livramento condicional, à remissão da pena e às saídas temporárias.

Nessa perspectiva, a definição do prazo prescricional para a instauração do processo administrativo que visa a esclarecer falta disciplinar supostamente cometida por condenado constitui matéria revestida de inequívoca feição penal, porquanto relacionada à progressão ou à regressão do regime de cumprimento, interferindo diretamente no exercício da pretensão executória da pena imposta.

Ora, não possuindo o Estado do Rio Grande do Sul competência para regular a prescrição da pretensão executória no contexto da apuração de falta disciplinar grave, é forçoso consignar a inconstitucionalidade formal e material dos arts. 36 e 37 do Decreto estadual n. 46.534/2009.

Vale salientar que esta Corte, por sua Segunda Turma, no julgamento do HC 97.611, ministro Eros Grau, *DJe* de 6 de agosto de 2009, reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados na presente ação, ante a usurpação, pelo Estado do Rio Grande do Sul, da competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Senão, vejamos:

*HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 109 DO CP. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. 1. Inexistindo norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar,

aplica-se o disposto no artigo 109 do Código Penal, considerando-se o menor lapso temporal previsto, que é de dois anos. Precedente. 2. O Regime Penitenciário do Rio Grande do Sul não tem a virtude de regular a prescrição. Isso porque compete privativamente à União legislar sobre direito penal [artigo 22, I, da CB/88]. 3. A prática de fato definido como crime doloso, para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende do trânsito em julgado da ação penal respectiva. Precedente. Ordem indeferida.

Além disso, consolidou-se no Tribunal orientação jurisprudencial no sentido de, inexistindo norma específica para regular a prescrição da infração disciplinar, aplicar-se o disposto no art. 109, VI, do Código Penal, considerando-se o menor lapso temporal previsto no sistema, a fim de preencher a lacuna verificada na Lei de Execução Penal. Confira-se:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ART. 109, VI, COMBINADO COM ART. 111, III, DO CÓDIGO PENAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – Diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o Código Penal. II – Abandonar o cumprimento do regime imposto configura infração permanente, aplicando-se as regras do art. 111, III, do Código Penal. III – Ordem denegada.

(HC 92.000, Primeira Turma, ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 13 de novembro de 2007)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. APLICAÇÃO DO ART. 109, VI, DO CP. PRECEDENTES. 1. Este Supremo Tribunal já se manifestou no sentido de que em face da inexistência de legislação específica para regular a prescrição da infração disciplinar, deve ser aplicado o art. 109, VI, do Código Penal, com a redação vigente à época do fato, anterior à Lei 12.234/2010, em que o menor prazo prescricional é de dois anos. Precedentes. 2. Transcorridos menos de dois anos entre a falta cometida pelo Recorrente e sua apreciação pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, não há falar em prescrição. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC 117.140, Primeira Turma, ministra Rosa Weber,

juízo em 25 de junho de 2013)

*Habeas corpus*. 2. Execução penal. Falta grave (fuga). 3. PAD não homologado, ao fundamento de não ter sido observado o prazo máximo de conclusão previsto no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (prazo de 30 dias). 4. A jurisprudência do STF é no sentido de que, diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o Código Penal (HC 92.000/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 30.11.2007). 5. Quanto ao prazo de 30 dias para o encerramento do PAD, esta Corte já considerou que compete privativamente à União legislar sobre direito penal (HC 97.611/RS, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 7.8.2009). 6. Ordem denegada.

(HC 114.422, Segunda Turma, ministro Gilmar Mendes, julgamento em 6 de maio de 2014)

Portanto, a despeito da competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre direito penitenciário, consoante previsão do art. 24, I, da Constituição Federal, a matéria de que se cuida na espécie é de natureza penal, por se encontrar indissociavelmente vinculada ao exercício da pretensão punitiva para apuração de falta disciplinar que interferirá na progressão do regime de execução da pena. Encontra-se, então, inserida na esfera da competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Carta da República. Nessa linha:

Recurso extraordinário. Processo penal. 2. Decisão que declarou extinta a punibilidade dos fatos, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. 2. Certidão negativa expedida em que constava referência ao referido processo. 3. Deferida pelo Juiz de Direito súplica do ora recorrente para não se inserir em certidões expedidas menção ao processo em apreço, com ressalva nos casos de requisição judicial. 4. Decisão de Câmara do Tribunal de Alçada Criminal que determinou fossem as certidões passadas nos termos do art. 291, da Constituição do Estado de São Paulo, ao estipular que as certidões não façam menções aos antecedentes, salvo em caso de requisição judicial, do Ministério Público, ou para fins de concurso público. 5. Alegada contrariedade ao art. 22, I, da CF/88. 6. Parecer da P.G.R. pelo provimento do recurso. 7. Competência privativa da União Federal, para legislar sobre matéria concernente a direito

penal e processual penal. 8. Recurso conhecido e provido para restabelecer a decisão de primeiro grau.

(RE 209.616, Segunda Turma, ministro Néri da Silveira, julgamento em 25 de setembro de 2001, *DJ* 26 de outubro de 2001)

Em suma, há que reconhecer a procedência do pedido, uma vez que as regras impugnadas contrariam o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal.

Do exposto, julgo procedente o pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 36, *caput* e parágrafo único, e 37, parágrafo único, do Decreto n. 46.534/2009 do Estado do Rio Grande do Sul.

É como voto.