

HABEAS CORPUS Nº 434.462 - SP (2018/0016399-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO PICCHI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAIKEL DA COSTA PEREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial e com pedido de liminar impetrado em favor de **MAIKEL DA COSTA PEREIRA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no Agravo de Execução Penal n. 9000065-61.2016.8.26.0168.

O Juízo da Vara de Execução Criminal da Comarca de Dracena (SP) homologou procedimento administrativo disciplinar e reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave. Em consequência, declarou a perda de 1/3 do tempo anteriormente remido e determinou o reinício do prazo de cumprimento de pena para fins de progressão de regime.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao agravo em execução interposto pela defesa nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 94):

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Pedido de reforma da decisão que reconheceu a falta grave – Preliminares de nulidade não configuradas – Desnecessidade de oitiva prévia do condenado – Prescrição não configurada – Inteligência do artigo 109, do CP – Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Impossibilidade de desclassificação para falta de natureza média – Recurso parcialmente provido.”

Neste *writ*, na Defensoria Pública estadual alega, em preliminar, cerceamento de defesa por ausência do sentenciado na audiência de inquirição das testemunhas e por ausência de ouvida judicial do apenado.

Aduz violação ao contraditório já que o PAD foi homologado sem prévia oportunidade de manifestação das partes.

No mérito, afirma não haver provas contundentes de materialidade e autoria a sustentar o reconhecimento da prática da falta; que a decisão que a reconheceu carece de motivação idônea e que a conduta não poderia ter sido considerada falta grave, mas sim, falta de natureza média, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Assevera que o magistrado, ao declarar a perda dos dias remidos no patamar máximo, o fez de forma genérica e sem fundamentação adequada.

Requer, liminarmente e no mérito, o afastamento da falta grave.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 112-113).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 141-144).

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram

o entendimento de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando verificada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, a justificar a concessão da ordem de ofício.

A alegação de nulidade da decisão de primeiro grau por ausência de manifestação da Defesa e do Ministério Público em juízo não procede, pois no julgamento do REsp 1.378.557/RS, representativo de controvérsia, a Terceira Seção assentou que, "para o reconhecimento da falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado" (REsp n. 1.378.557/RS, rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, j. 23/10/2013, DJe 21/3/2014.)

Na esteira dessa decisão, está reforçada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que na homologação da falta grave não se exige nova ouvida judicial do condenado, quando a infração disciplinar foi devidamente apurada em procedimento administrativo no qual são observados os postulados da ampla defesa e do contraditório.

Isso porque a ouvida do condenado prevista no art. 118, § 2º, da Lei de Execuções Penais restringe-se à possibilidade diminuta de regressão de regime.

Ademais, o paciente foi ouvido na presença de advogado da Funap (e-STJ, fl. 30).

Nessa linha, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. APURAÇÃO MEDIANTE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE OITIVA JUDICIAL DO APENADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. O entendimento consignado pelas instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que é desnecessária nova oitiva judicial do sentenciado, antes da homologação da falta grave, se ele teve a oportunidade de se manifestar no âmbito do procedimento administrativo, instaurado para apurar a infração disciplinar, no qual foi assegurado ao reeducando o contraditório e a ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica. Habeas corpus não conhecido." (HC 453.257/PR, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 16/8/2018, DJe 27/8/2018.)

" AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PRÉVIA OITIVA DO APENADO. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO. PERDA DE OBJETO.

VEDAÇÃO À PROGRESSÃO PER SALTUM. SÚMULA N. 491 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APENADO OUVIDO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD E EM JUÍZO.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O pedido de prévia oitiva do apenado para o reconhecimento de falta grave fica prejudicado pela superveniente progressão do paciente. Mesmo que se reconhecesse a mácula, o sentenciado não poderia progredir diretamente para o aberto, tendo em vista a vedação à progressão per saltum. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser desnecessária a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave, se ocorreu a apuração da falta disciplinar em regular procedimento administrativo, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica (HC 333.233/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 6/11/2015).

Na hipótese dos autos, a instância ordinária ressaltou que o sentenciado já teve a oportunidade de se justificar, tanto em Procedimento Administrativo Disciplinar [...] quanto em Juízo.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 452.310/PR, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 11/9/2018, DJe 17/9/2018.)

Acrescente-se que, para que fosse reconhecida eventual nulidade, far-se-ia necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na hipótese em análise.

No Processo Penal, é imprescindível quando se aventa nulidade de atos processuais a demonstração do prejuízo sofrido em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

É o que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA GRAVE. DEFESA. ASSESSORA JURÍDICA DO ÓRGÃO. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. ART. 563, DO CPP. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Realizado o Procedimento Administrativo Disciplinar, reclamado pelo art. 118, § 2º, da LEP, é necessária a demonstração do prejuízo sofrido para que seja declarada a nulidade de ato processual, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563, do CPP.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1304193/RS, rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, j. 6/5/2014, DJe 13/5/2014.)

"[...] não se logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, sendo

inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena imposta ao paciente." (HC 213.587/MG, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2014 – grifou-se.)

"[...]

5. O Código de Processo Penal adotou o princípio *pas de nullité sans grief*, prescrevendo no art. 563 que 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa', sendo certo que, no presente caso, não conseguiu o impetrante demonstrar, concretamente, qual teria sido o efetivo prejuízo decorrente da alegada nulidade, limitando-se a indicar a decisão desfavorável ao paciente.

6. *Habeas corpus* denegado." (HC 196.126/SC, rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 13/6/2012.)

Demais disso, a análise do fato praticado configurar ou não infração disciplinar administrativa, seja de natureza leve, média ou grave, demandaria o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via eleita.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. DESRESPEITO A AGENTE PENITENCIÁRIO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ART. 50, VI, C/C O ART. 39, II, DA LEP. DESCLASSIFICAÇÃO. AMPLO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col.

Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - No presente caso, o eg. Tribunal de origem, ao analisar as provas produzidas nos autos, entendeu que o paciente desrespeitou agente penitenciário, ao proferir insultos, o que caracteriza a falta grave tipificada no art. 50, VI, c/c o art. 39, II, ambos da LEP, não havendo que se falar na existência de flagrante ilegalidade no v. acórdão combatido. Precedentes.

III - Rever o entendimento do eg. Tribunal a quo para afastar a falta grave imputada ao paciente, demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático probatória, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus.

IV - Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, a perda

de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, em razão da prática de falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a LEP, nos arts. 57 e 127.

V - Na hipótese, a perda de 1/6 dos dias remidos fundamentou-se em argumentação genérica, estando o v. acórdão em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções faça nova análise acerca da perda dos dias remidos, de modo fundamentado, nos termos do art. 127 da LEP."(HC 468.742/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 23/10/2018, DJe 31/10/2018.)

Observe-se que, ao contrário do alegado pela impetrante, o reconhecimento administrativo da falta grave se deu de forma fundamentada, conforme se observa no excerto abaixo transcrito (e-STJ, fls. 45-46):

“De fato, o sindicato cometeu a falta proposta, uma vez que não cumpriu a ordem estabelecida.

O que é digno de nota, é que o sindicato, assumiu que rasgou um documento da Vara de Execução Criminal de indeferimento no pedido de progressão ao regime semiaberto. Em nada mudaria se respeitasse a ordem do comunicante, assinasse o documento e devolvesse, não seria prejudicado e ainda evitaria ser punido.

O sindicato disse ser verídico as acusações que lhe são imputadas, assim, reconheceu que cometeu uma infração e desrespeitou a ordem do servidor Ibiraci, acredito que o sindicato Mackel somente rasgou o documento porque este lhe informava de que havia sido indeferido o pedido do regime semiaberto.

Não tenho nenhuma convicção que seja verdadeira a afirmação contida no depoimento do sindicato Mackel, não acredito que rasgou o documento por acreditar que eram duas folhas e que uma destas folhas era sua via, afinal, tanto o comunicante como a testemunha afirmaram que entregaram os papeis para o sindicato Mackel assinar e ficaram esperando que lhes devolvessem, e como houve demora chamara o sindicato Mackel e este disse que havia rasgado o documento, que então o sindicato retornou na cela e trouxe partes do documento rasgado.

[...]

A atitude do sindicato, de rasgar um documento que deveria assinar e devolver, e somente retornar aonde estava o funcionário quando lhe foi solicitado coloca a luz dos fatos, a falta de compromisso do sentenciado em cumprir sua pena de forma disciplinada, e respeitar às ordens, portanto o seu comportamento nitidamente infringiu o artigo 50, inciso IV da LEP, afinal, desobedeceu a uma ordem direta. Acredito que se outros sentenciados tomarem a mesma atitude quando e entregue um documento e rasgarem o papel e deixar os servidores esperando, o transtorno que isso causaria, não se conseguiria manter a ordem e disciplina, e provavelmente tiraria a autoridade do servidor.

Igualmente, uma vez que atos que visto de forma singela pode parecer insignificante, quando analisado o que é realizado no interior de um presídio de segurança máxima cujo um dos fundamentos é a reintegração do indivíduo a sociedade, a tolerância com atos de

indisciplina incentiva os mesmos a perda da noção 'ação e consequência', destarte a absolvição dos sentenciados sindicados seria um estímulo à desordem, podendo assim desatar a disciplina e iniciar o desalinho, sabemos que a disciplina preconiza além da ordem e o respeito, o fator REEDUCADOR da execução da pena que é de suma importância, se não fosse, não haveria motivos para falarmos em política de ressocialização.

Quanto à alegação da defesa a respeito das testemunhas.

'Tratando-se de fato ocorrido no interior de presídio, perfeitamente compreensível à ausência de testemunhas alheias aos quadros policiais, não havendo razão para seus depoimentos sofrerem desvalia critica preconceituosas' (TJSP – AP – Rel. Jarbas Mazzoni – RT 624/294).”

Uma vez reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave, o Juízo da execução poderá aplicar sanções disciplinares.

No caso dos autos, a Juíza monocrática determinou a perda dos dias remidos no patamar máximo legal:

“Cuida-se de procedimento administrativo disciplinar instaurado pela d. autoridade sindicante, com a finalidade de apurar a falta disciplinar em tese praticada pelo sentenciado supra aos 01/09/2016. Como já consignado, o procedimento para apuração de falta disciplinar é administrativo, nos termos dos artigos 47, 59 e 60 da LEP.

Assim, a este Juízo, cabe apenas e tão-somente verificar se a d. autoridade sindicante observou a aplicação das formalidades legais, conforme preceitua os artigos 59 e seguintes da LEP, especialmente o direito de defesa.

Observo que o sentenciado foi ouvido na presença de Defensor da FUNAP (fls. 12), tendo este oportunidade de apresentação de defesa administrativa (fls. 19/24).

Nestes termos, verifico que a falta disciplinar cometida pelo reeducando foi apurada por meio de regular processo administrativo e a conclusão do Diretor da Unidade Prisional (no sentido de que o reeducando cometeu falta disciplinar de natureza grave), está de acordo com a prova produzida nos autos e com as disposições legais que regem a matéria, pelo que sua conclusão não merece qualquer modificação ou reparo.

Ante o exposto, após analisar a situação do reeducando, as características e as circunstâncias em que ocorreu a falta disciplinar reconhecida como grave, determino a anotação da falta no prontuário do reeducando; caso haja dias remidos, declaro a perda do direito a 1/3 (um terço) do tempo anteriormente remido e, o reinício do prazo de cumprimento da pena para fins de progressão de regime.”

O Tribunal *a quo* assim se pronunciou acerca da perda dos dias remidos (e-STJ, fls. 100-101):

“Reconhecida a falta disciplinar de natureza grave, cabível ao juiz próprio declarar a perda de até um terço dos dias anteriormente remidos pelo sentenciado. Por sinal, devem ser considerados para aferir-se o quantum dessa eventual perda 'a natureza, os motivos, as

circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão' (artigo 57 da Lei de Execução Penal). Desacolhe-se, portanto, o pleiteado pelo agravante em relação a redução da perda dos dias remidos para 01 (um) dia, uma vez que o d. Magistrado invocou a natureza da falta e as consequências do fato para impor a perda dos dias remidos na fração de 1/3 (um terço)."

Verifica-se que as instâncias ordinárias decretaram a perda dos dias remidos no patamar máximo de um terço sem apresentar fundamentação idônea para tanto.

Como é cediço, a perda dos dias remidos pela prática de falta grave exige fundamentação concreta, consoante determina a própria legislação de regência, segundo a qual devem ser observadas as diretrizes elencadas no art. 57 da LEP, a saber: "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão".

No aspecto:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. DESRESPEITO A AGENTE PENITENCIÁRIO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ART. 50, VI, C/C O ART. 39, II, DA LEP. DESCLASSIFICAÇÃO. AMPLO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - No presente caso, o eg. Tribunal de origem, ao analisar as provas produzidas nos autos, entendeu que o paciente desrespeitou agente penitenciário, ao proferir insultos, o que caracteriza a falta grave tipificada no art. 50, VI, c/c o art. 39, II, ambos da LEP, não havendo que se falar na existência de flagrante ilegalidade no v. acórdão combatido. Precedentes.

III - Rever o entendimento do eg. Tribunal a quo para afastar a falta grave imputada ao paciente, demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático probatória, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

IV - Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, a perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, em razão da prática de falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a LEP, nos arts. 57 e 127.

V - Na hipótese, a perda de 1/6 dos dias remidos fundamentou-se em argumentação genérica, estando o v. acórdão em desacordo com a jurisprudência desta Corte Superior.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para

determinar que o Juízo das Execuções faça nova análise acerca da perda dos dias remidos, de modo fundamentado, nos termos do art. 127 da LEP." (HC 468.742/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 23/10/2018, DJe 31/10/2018.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, de ofício, **concedo parcialmente** a ordem para determinar o retorno dos autos ao Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Dracena (SP), a fim de que seja estabelecida, de maneira fundamentada, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, observado o limite de 1/3 (um terço).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

