

HABEAS CORPUS Nº 493.085 - RS (2019/0040399-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
YARA NASARIO - RS014162
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON MARIO DA SILVA WISSINHESKI (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ANDERSON MARIO DA SILVA WISSINHESKI no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento do Agravo em Execução Penal n. 069682-32.2018.8.21.7000.

Os autos dão conta de que o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Novo Hamburgo/RS, em razão da ausência de requisito subjetivo, indeferiu o pedido de concessão de livramento condicional (e-STJ fls. 42/43).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de agravo em execução perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento "*para determinar a realização de audiência do art. 118, § 2º, da LEP para apuração da falta grave*" (e-STJ fl. 99). Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fls. 89/90):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. COMETIMENTO DE NOVO DELITO NO CURSO DA EXECUÇÃO. ART. 52 DA LEP. Recorrente descumpriu, em tese, suas condições de apenado, pois durante o cumprimento do peno envolveu-se em novo delito. O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena sequer depende do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. A simples notícia do cometimento já é suficiente para caracterizar a falta. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. A fuga ou a prática de fato previsto como crime doloso são circunstâncias objetivas e previstas como falta grave por lei, nos termos dos arts. 50, II e 52 da Lei de Execução Penal; desse modo, conforme venho sustentando, sua apuração independe da instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, bastando que se confira ao apenado, em tais casos, a oportunidade de exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, em audiência de justificação. Ainda que não ignore o posicionamento

atual do STJ, com a edição da Súmula nº 533, há orientação, recente, em sentido contrário emanada pelo STF, no sentido de que o Procedimento Administrativo Disciplinar se mostra desnecessário. Todavia, em sendo a conduta praticada pelo apenado prevista como falta grave, é necessária a designação de audiência de justificação para, após a oitiva do apenado e manifestação do Ministério Público e da defesa, haja o reconhecimento ou não da falta, com a respectiva aplicação das sanções legais, nos termos do art. 188, § 2º, da LEP. Determinação de audiência de justificação para a devida apuração da falta grave e subsequente decisão Judicial. LIVRAMENTO CONDICIONAL COMPORTAMENTO INADEQUADO. COMETIMENTO DE FALTAS GRAVES. FUGAS EMPREENDIDA DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO. Para concessão do livramento condicional, necessário cumprir o requisito temporal, além de comprovar comportamento satisfatório no cumprimento da pena (art. 83 do Código Penal). Caso concreto em que ausente o implemento do requisito subjetivo: apenado cometeu falta grave no curso da execução - fuga, permanecendo foragido por mais de cem dias, demonstrando não ser, ainda, o cumprimento da pena em liberdade condicional, onde há menor vigilância, benefício possível de ser deferido, no momento, quando cumpre pena em regime fechado. Decisão de origem mantida, nessa parte. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

No presente writ, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul afirma que *"a determinação de designação de audiência de justificação viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que não houve a condenação do paciente pela prática do novo fato delituoso. A comunicação de ocorrência ou eventual denúncia ofertada não comprova a prática do fato, pois, do contrário, não haveria explicação jurídica para a denúncia improcedente. Assim, para que se reconheça a prática de fato previsto como crime doloso há necessidade de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Sem a condenação definitiva não há como ser reconhecida a prática de novo delito"* (e-STJ fl. 4).

Assevera que *"o acórdão recorrido, ao interpretar a possibilidade de reconhecimento da falta grave, nega vigência ao artigo 52, caput, da Lei de Execuções Penais, pois a prática de novo delito doloso impõe a preexistência de condenação definitiva do réu no processo que apura este novo fato para que seja considerado falta grave no curso da execução"* (e-STJ fl. 5).

Sustenta que, *"quanto ao indeferimento da concessão de livramento*

condicional, importante ressaltar que na dicção da redação do art. 112, §2º, da LEP, trazida pela Lei n. 10.792/03, a concessão do livramento condicional está adstrita apenas a dois requisitos: objetivo e subjetivo. O primeiro é aferido pelo lapso temporal, que restou implementado; o segundo, pelo atestado de conduta carcerária, o qual demonstra a aptidão do apenado para obter o direito, que deverá confirmar a conduta plenamente satisfatória. Apenas a avaliação péssima obstará a análise do livramento condicional do apenado" (e-STJ fls. 5/6).

Alega que "a posição adotada pelo Tribunal coator, privilegiando o histórico de faltas em detrimento do atestado de conduta carcerária que comprova ter restado preenchido o requisito subjetivo para o livramento condicional, vai de encontro à necessidade de busca 'de soluções tendentes à descarcerização'", e que "a existência de faltas no curso da execução não pode ensejar o indeferimento do livramento condicional pois são requisitos estranhos à lei. Como dito, a legislação apenas condiciona a fruição do direito ao atingimento do lapso temporal, bem como ao fornecimento de atestado pelo Diretor da Casa Prisional que declara se o apenado mantém conduta plenamente satisfatória. Assim, preenchidos os requisitos legais, deve ser concedido o livramento condicional" (e-STJ fls. 6/7).

Por isso, requer, liminarmente, "seja determinada a suspensão da decisão do Tribunal a quo até o julgamento do mérito do presente writ" e, no mérito, seja cassado "o acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul" (e-STJ fls. 8 e 9).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 106/108).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 113/145 e 146/175).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou "*pelo não conhecimento do habeas corpus, por se tratar de writ substitutivo recursal*"; na oportunidade, consignou, ainda, que, "*ademais, não se vislumbra flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a negativa de concessão de livramento condicional ao paciente encontra-se devidamente fundamentada na ausência do requisito subjetivo indispensável ao implemento do benefício, diante do histórico prisional do apenado, que empreendeu fuga por 2 vezes, permanecendo na condição de*

foragido no período de 16.4.2015 a 30.6.2015, na 1ª vez, e na 2ª, do dia 30.10.2017 a 11.12.2017. Além disso, importa esclarecer que a revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias ensejaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência esta inadmissível na via célere e estreita do presente remédio heroico" (e-STJ fl. 178).

É, em síntese, o relatório.

No caso dos autos, o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Novo Hamburgo/RS indeferiu o pedido de concessão do livramento condicional e, na mesma decisão, reconheceu que a prática de novo delito no curso da execução configuraria falta grave. Eis os fundamentos trazidos pela citada decisão (e-STJ fl. 174/175):

[...] quanto ao livramento condicional, o apenado, que não é reincidente, já cumpriu mais de 2/3 da pena, tendo implementado o requisito objetivo previsto no artigo 83, inciso V, do Código Penal.

Além disso, sua conduta carcerária é classificada como plenamente satisfatória, conforme se observa do atestado exarado pela administração do estabelecimento prisional (fl.196), tendo as avaliações psicossociais favoráveis (fls.197/203).

Contudo, em que pese as avaliações favoráveis, cabe ressaltar que o apenado demonstrou irresponsabilidade com cumprimento da pena, vez que permaneceu foragido do sistema carcerário por 117 dias, em razão de DUAS fugas, sendo a última ocorrida no ano de 2017.

*Assim, ao meu sentir, **o reeducando não preenche o requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional**, uma vez que não demonstra comprometimento com o cumprimento da pena na semiliberdade, sendo duvidosa, assim, a sua credibilidade na liberdade desassistida neste momento.*

Pelo exposto, INDEFIRO o livramento condicional.

A nova avaliação para o benefício deverá ocorrer no prazo de 05 meses a partir da progressão de regime.

*Por fim, sem desconhecer o teor da Súmula 533 do STJ, entendo que, **em se tratando de prática de novo delito no curso da execução, desnecessária se faz sua apuração através de procedimento administrativo disciplinar.***

Em derradeiro, insta salientar a desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão no processo-crime, bastando, para o reconhecimento da falta, o recebimento da denúncia, quando já analisados pelo juiz da instrução a materialidade e os indícios suficientes da autoria, nos termos da Súmula 526 do STJ.

*Ante o exposto, **consigno a desnecessidade de instauração do PAD** relativamente aos fatos delituosos praticados no curso da ação e, diante do recebimento da denúncia no processo-crime n. 157/2.18.0002147-8, RECONHEÇO A FALTA GRAVE, fixando o regime fechado para o cumprimento de pena.*

Mantenho a data-base (grifei).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso defensivo para determinar a realização de audiência de justificação, consignando, para tanto, que (e-STJ fls. 117/124):

Trata o presente agravo de insurgência do apenado contra decisão do juízo da VEC que indeferiu livramento condicional e reconheceu falta grave.

Adianto que dou parcial provimento ao agravo em execução.

O apenado, no curso da execução, veio, em tese, a praticar novo delito – processo n.º 157/2.18.0002147-8 (homicídio), reconhecendo o juiz da execução a conduta como falta grave, com imposição de penalidades.

Ora, não há como deixar de punir o agravante, pois teria agido em desacordo com as condutas disciplinares inerentes a sua condição de apenado, pois se envolveu em novo delito (homicídio).

No caso, então, não há, em tese, como deixar de reconhecer a falta grave cometida, pois seria desproporcional aceitar a conduta perpetrada pelo apenado sem penalizá-lo, também considerando o que dispõe o art. 52 da LEP que tipifica como falta de natureza grave a simples “prática de fato previsto como crime doloso”.

Assim, por expressa disposição legal, a conduta apresentada pelo recorrente configura, em tese, falta grave (cometimento de fato definido como crime doloso – homicídio) e sua descaracterização somente é possível mediante justificativa plausível.

De outro lado, a fuga ou a prática de fato previsto como crime doloso são circunstâncias objetivas e previstas como falta grave por lei, nos termos dos arts. 50, II e 52 da Lei de Execução Penal; desse modo, conforme venho sustentando, sua apuração independe da instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, bastando que se confira ao apenado, em tais casos, a oportunidade de exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, em audiência de justificação.

Ainda que não ignore o posicionamento atual do STJ, com a edição da Súmula nº 533, há orientação, recente, em sentido contrário emanada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Procedimento Administrativo Disciplinar se mostra desnecessário, sendo impositiva, apenas, a designação de audiência de justificação para oitiva do apenado, in verbis:

Execução Penal. Recurso Extraordinário. Prática de falta grave.

Prévio procedimento administrativo disciplinar. Desnecessidade. Repercussão geral reconhecida. 1. Nos termos das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena. 2. Assim sendo, a apuração da prática de falta grave perante o juízo da Execução Penal é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF). 3. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada. (RE 972598 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 06/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 03-10-2017 PUBLIC 04- 10-2017)

[...]

Todavia, em sendo a conduta praticada pelo apenado prevista como falta grave, é necessária a designação de audiência de justificação para, após a oitiva do apenado e manifestação do Ministério Público e da defesa, haja o reconhecimento ou não da falta, com a respectiva aplicação das sanções legais, nos termos do art. 188, § 2º, da LEP, o que não foi realizado no presente caso.

De outro lado, com relação ao livramento condicional, o art. 83 do Código Penal rege a concessão do benefício, estabelecendo que, ao condenado à pena superior a 02 anos, desde que cumprido o requisito temporal (incisos I e II), além de comprovado comportamento satisfatório no cumprimento da pena, poderá ser deferido o benefício.

*Da guia de execução penal do apenado verifica-se que cumpre pena de 08 anos e 08 meses de reclusão pela prática do crime de tentativa de homicídio, com início do cumprimento da pena em 28.12.2012, no regime fechado. **Foragiu do sistema prisional em 16.04.2015, com recaptura em 30.06.2015. Teve deferida progressão de regime para o semiaberto em 24.07.2017. Foragiu em 30.10.2017, com recaptura em 11.12.2017**, regredindo novamente para o regime fechado. Em 08.10.2018 teve indeferido o pedido de livramento condicional, decisão ora recorrida.*

Parece-me óbvio que não está efetivamente apto o apenado para ter concedido o benefício de livramento condicional postulado.

Deve-se ter em mente que o requisito subjetivo é muito mais amplo do que simplesmente restar atestada boa conduta carcerária, sendo necessário analisar se apenado encontra-se apto para o retorno ao convívio social, com o fim de que tal possa auxiliar em seu processo de ressocialização.

Ora, o exame subjetivo para concessão do livramento condicional deve ser analisado de forma cautelosa e com rigor, pois sendo benefício excepcional, só é possível de ser deferido quando o comportamento for de forma inequívoca satisfatório.

[...]

No caso, o apenado, embora tenha conduta carcerária satisfatória, conforme parecer do administrador do Presídio, cometeu falta grave durante o cumprimento de pena, notadamente incorrendo em fuga quando em regime menos rigoroso, permanecendo um ano na condição de foragido, demonstrando comportamento insatisfatório e apontando seu desinteresse na execução da reprimenda.

Veja-se que iniciou o cumprimento da pena em regime fechado, com posteriores progressões de regime, e mesmo assim o apenado não se portou de forma adequada e empreendeu fugas, demonstrando não fazer jus, agora, ao livramento condicional, porquanto não reúne as condições necessárias.

Importante frisar que as fugas perpetradas no curso da execução demonstram o despreparo do apenado para o retorno imediato ao convívio social, pois não apresenta comportamento adequado para o livramento condicional.

Logo, depreende-se do conjunto fático que o apenado não está preparado para obtenção de liberdade total, que exige maior disciplina e responsabilidade, de modo que entendo necessário permanecer ainda no regime em que se encontra (o fechado, segunda consta na GEP), para somente após progredir ao regime menos rigoroso poder-se analisar se efetivamente é merecedor de ser colocado em liberdade condicional.

Portanto, de ser mantida, nessa parte, a decisão atacada (grifei).

Como se viu do relatório e dos trechos acima colacionados, uma das questões postas a deslinde refere-se ao requisito subjetivo para a concessão de livramento condicional.

Nos termos do que dispõe o art. 112 da Lei de Execução Penal, o apenado deverá cumprir os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (atestado de bom comportamento carcerário) para a concessão do benefício do livramento condicional (§ 2º).

Todavia, esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, ainda que haja atestado de boa conduta carcerária, a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das execuções ou, mesmo, pelo Tribunal de origem, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento tanto do pleito de progressão de regime prisional quanto do de concessão de livramento condicional pelo inadimplemento do requisito subjetivo.

Nesse sentido, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 441 DO STJ. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. HISTÓRICO CARCERÁRIO CONTURBADO. ORDEM CONCEDIDA APENAS PARA AFASTAR A INTERRUPÇÃO DO LAPSO OBJETIVO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.

[...]

2. No entanto, o histórico carcerário conturbado do reeducando pode ser utilizado para evidenciar o não preenchimento do requisito previsto no art 83, III, do CP.

3. Mesmo afastada a interrupção do lapso objetivo para a concessão do livramento condicional, não há ilegalidade no acórdão recorrido, no ponto em que reconheceu não possuir o paciente mérito para a obtenção de benefício tão amplo, haja vista possuir registro de faltas disciplinares grave e média devidamente consideradas para avaliar o requisito subjetivo.

4. Ordem concedida para afastar a interrupção prazo para obtenção do livramento condicional (HC 380.048/SP, relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 22/3/2017, grifei).

[...] **EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. FALTA GRAVE PRATICADA NO DECORRER DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.**

1. No tocante ao requisito subjetivo para a obtenção do livramento condicional, de acordo com o artigo 112, § 2º, da Lei de Execução Penal, a sua aferição se dá, em regra, por meio de atestado de bom comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento no qual o condenado cumpre sua sanção privativa de liberdade.

2. Entretanto, não é vedado ao magistrado o indeferimento do benefício quando, a despeito do reeducando apresentar atestado de bom comportamento carcerário, entender não implementado o requisito subjetivo, desde que aponte peculiaridades da situação fática que demonstrem a ausência de mérito do condenado. Precedentes.

3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem apontou fato do histórico carcerário do paciente, que, no curso do resgate de sua reprimenda, praticou falta grave consubstanciada na posse de aparelho celular no interior da unidade prisional, circunstância que evidencia a ausência de ilegalidade ou arbitrariedade na revogação do livramento condicional concedido pelo Juízo da Execução Criminal.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 371.375/SP, relator o Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 22/3/2017, grifei).

Da leitura dos trechos da decisão de primeiro grau e do acórdão acima colacionados, verifica-se que as instâncias ordinárias lograram fundamentar o indeferimento do pedido de concessão de livramento condicional em razão da ausência do requisito subjetivo, considerando, para tanto, o histórico prisional do paciente, no qual consta o registro de 2 (duas) faltas graves, consistentes em fuga, a primeira em 16/4/2015, com recaptura em 30/6/2015, e a segunda em 30/10/2017, com recaptura em 11/12/2017, o que evidencia a idoneidade da fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, não havendo falar, portanto, em existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem neste ponto.

Como quer que seja, é firme o posicionamento desta Corte Superior de ser inviável, em *habeas corpus*, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL REVOGADO. FALTA GRAVE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. No caso, o Tribunal de origem revogou a benesse do livramento condicional, ante a falta do elemento subjetivo, ao entendimento de que o paciente, no curso da execução, cometera falta disciplinar grave (fuga praticada em 2016), revelando, portanto, um comportamento carcerário não satisfatório que gera demérito para o alcance da benesse pretendida.

2. Desconstituir a conclusão a que chegou a Corte de origem sobre o não preenchimento do requisito subjetivo implicaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, o que é incompatível com os estreitos limites da via eleita.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 386.742/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 4/10/2017, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA

REQUISITO SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Nada impede, contudo, que se verifique a eventual existência de flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

2. O Tribunal de origem indeferiu fundamentadamente o pedido de progressão de regime e de livramento condicional, por entender que não estava preenchido o requisito subjetivo para obtenção dos benefícios. Na oportunidade, foi destacado o laudo do exame criminológico realizado concluiu pela inaptidão, até o momento, do retorno do paciente ao convívio social .

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento reiterado no sentido da impossibilidade de, na via estreita do habeas corpus, desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias sobre o não preenchimento de requisito subjetivo necessário à concessão de progressão de regime e livramento condicional, uma vez que tal providência implica no reexame do conjunto fático-probatório.

Habeas corpus não conhecido (HC 376.544/SP, relator o Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 20/2/2017, grifei.)

Por outro lado, quanto ao reconhecimento da falta grave, inicialmente, cumpre-me ressaltar que, como bem observado pelo Juízo de primeiro grau, o reconhecimento da falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso prescinde de condenação com trânsito em julgado desse novo crime, estando, nesse ponto, a decisão de primeiro grau em consonância com o entendimento desta Corte Superior.

A propósito, confira-se o seguinte precedente, julgado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE.

1. O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

2. Recurso especial representativo de controvérsia provido para

afastar a nulidade proclamada e reconhecer a prática de falta grave independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1.336.561/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 1/4/2014, grifei).

No entanto, o que se observa da decisão de primeiro grau e do acórdão vergastado é que a falta grave foi reconhecida sem que tenha sido instaurado o devido procedimento administrativo disciplinar, evidenciando a existência de constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem de ofício.

É que, após o julgamento do REsp n. 1.378.557/RS, representativo da controvérsia, a Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento de ser imprescindível a realização do processo administrativo disciplinar, com a presença de advogado constituído ou de defensor público, para apuração do cometimento de falta grave no âmbito da execução penal, em razão da expressa previsão contida no art. 59 da LEP.

Ademais, essa questão foi sumulada nesta Corte Superior de Justiça, conforme o enunciado 533, que assim dispõe:

Para o reconhecimento da prática de 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 (grifei).

Nesse sentido, confirmam-se, ainda os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. FUGA. RETORNO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO RESPECTIVO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SÚMULA N. 533 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige 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, para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, entendimento firmado por ocasião do julgamento de recurso representativo da controvérsia.

2. O entendimento supracitado deu origem ao enunciado da Súmula n. 533 deste Superior Tribunal, segundo a qual, "[p]ara o

reconhecimento da prática de 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".

3. Conforme destacado pelo Tribunal a quo, trata-se de fuga do estabelecimento prisional, ou seja, infração disciplinar cuja apuração se encontra no âmbito de atuação atinente ao diretor do presídio, o que destaca a necessidade de instauração do procedimento administrativo disciplinar.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 332.203/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe de 2/2/2016, grifei).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. IMPRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 533/STJ. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. "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 1.378.557/RS, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 21/03/2014; Súmula 533/STJ).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para, diante da ausência de prévia instauração de procedimento administrativo disciplinar, cassar a decisão de primeiro grau e o acórdão que a confirmou, determinando que seja afastado o reconhecimento da falta grave, bem como os efeitos dela decorrentes, sem prejuízo da instauração do PAD competente (HC 319.942/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe de 17/12/2015, grifei).

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem, de ofício, para**

determinar, enquanto não consumada a prescrição, a instauração de procedimento administrativo disciplinar para apurar se o novo delito praticado pelo paciente no curso da execução configura falta disciplinar de natureza grave.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

