

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.561 - RS (2012/0160960-5)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : DEIVIDE SAROTE
ADVOGADO : CARLOS FREDERICO BARCELLOS GUAZZELLI - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa, que restou ementada nos seguintes termos, *litteris*:

"Execução penal. Faltas graves afastadas: (a) situação fática que não se subsume ao tipo do art. 50, I, da LEP; e (b) apenas a condenação com trânsito em julgado faz presente a 'prática de crime doloso', pena de agredir o princípio da presunção de inocência.

Nulidades do PAD decretadas.

Deram integral provimento ao agravo defensivo (por maioria)." (Fl. 98)

Em face dessa decisão, foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados.

O Recorrente alega, nas presentes razões, que o acórdão impugnado teria ofendido o disposto nos arts. 59 e 118, § 2.º, da Lei n.º 7.210/84, bem como teria negado vigência ao art. 563 do Código de Processo Penal.

Aduz que "[...] tendo havido procedimento judicial apto a apurar a falta grave cometida e sendo assegurado ao apenado o contraditório e a ampla defesa, tem-se que o órgão fracionário, ao decretar a nulidade do PAD por suposta irregularidade quanto à notificação do apenado e sua oitiva na esfera administrativa, sem a demonstração de qualquer prejuízo, contrariou (sic) negou vigência ao artigo 563 do Código de Processo penal, que exige a demonstração de prejuízo para declarar a nulidade de atos processuais penais" (fl. 153).

Sustenta, ainda, que "[...] a falta grave cometida pelo apenado – prática de crime doloso – não precisa de sentença condenatória para ser punida no âmbito administrativo, pois decorre de expressa previsão na Lei de Execução Penal e alcança as condutas de forma autônoma e independentemente de possível tipificação penal" (fl. 154).

Superior Tribunal de Justiça

Aduz que, "[...] embora notificado de data diversa daquela a qual foi realizada a audiência, bem como tenha ele efetivamente sido assistido pela Assessora da casa prisional, é certo que o recorrido foi notificado e ouvido a respeito da imputação no âmbito administrativo, oportunidade em que foi assistido por advogada, a qual participou ativamente de sua defesa (fl. 20). De todo modo, ele foi posteriormente ouvido também na esfera judicial, desta vez assistido por Defensor Público" (fl. 151).

Requer, desse modo, a reforma do acórdão hostilizado para que seja afastada a nulidade nele proclamada, reconhecendo-se a prática de falta grave pelo Recorrido, com os consectários legais relativos à regressão de regime, à perda dos dias remidos e à fixação de nova data-base.

Contrarrazões às fls. 177/182.

Às fls. 192/194, o recurso especial foi admitido pelo 2.º Vice-Presidente do Tribunal de origem, para processamento nos termos do art. 543-C, § 6.º, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 243/250, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.561 - RS (2012/0160960-5)

VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relator):

De início, verifica-se a tempestividade do especial, o cabimento de sua interposição com amparo no permissivo constitucional, o interesse recursal, a legitimidade, a exposição da suposta contrariedade a dispositivo legal e o prequestionamento da matéria.

Passo à análise do mérito.

O voto-condutor do acórdão impugnado encontra-se fundamentado nos seguintes termos, *ad litteram*:

"Com a devida vênia da colega Relatora, estou a prover o recurso defensivo.

Ao apenado imputou-se a prática de faltas graves previstas no art. 50, I ('incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina'), assim como do art. 52 ('A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave'), ambos da LEP. Diz o termo de ocorrência que teria o apenado 'com um grupo de apenados agredido com soco e pontapés o apenado Juarez Freitas Filho, não sendo possível identificar todos os agressores' (fl. 25).

Em primeiro, já pela descrição do fato, vê-se que a situação fática não se subsume ao tipo legal do art. 50, I, da LEP, na medida em que a ocorrência na casa prisional ocorreu apenas entre alguns apenados - vê-se que a imputação alcança dois apenados - e não de forma generalizada.

No dizer de Mirabete, 'o movimento a que se refere a lei pode constituir o crime de motim de presos (art. 354 do CP) ou mesmo uma resistência ou desobediência coletiva, ativa ou passiva, contra as ordens expressas dos funcionários ou regulamentares ou dos regulamentos' (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 142). Ou seja, o 'movimento' deve ser algo coletivo, o que não ocorreu na espécie.

Logo, a imputação não se subsume ao tipo penal.

Em segundo, no que concerne ao art. 52 da LEP - lesões corporais -, a Câmara pacificou entendimento no sentido de que apenas a condenação com trânsito em julgado faz presente a 'prática de crime doloso', pena de agredir o princípio da presunção de inocência:

[...]

Assim, ausente trânsito em julgado, falta grave não há.

Por outro lado, tem-se que o PAD n.º 024/2009/CDO/PMEU está eivado de nulidade. E a decretação da nulidade do procedimento administrativo disciplinar é imperativa, na medida em que, ante a alteração promovida pelo Decreto n.º 47.594/10, somente está dispensado o procedimento administrativo disciplinar quando a falta disciplinar for fuga, desde que tudo seja apurado em juízo. É que foi acrescentado o inciso III

Superior Tribunal de Justiça

ao art. 22, in verbis: 'nas hipóteses das faltas disciplinares previstas no artigo 11, incisos II e VIII, cumpridas as determinações dos artigos 20 e 21 todos deste RDP, o Diretor/Administrador comunicará ao juízo da Vara de Execuções Criminais para que proceda a oitiva do apenado na forma do artigo 118, §S 2, da LEP, prejudicando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplina'.

Ou seja, as demais faltas disciplinares ainda demandam o PAD, como ocorre na espécie. Desta forma, imperativo o reconhecimento de nulidades a fulminarem o procedimento:

(a) a garantia da ampla defesa exige que a defesa seja realizada por profissional devidamente inscrito nos quadros da OAB.

[...]

Na espécie, o apenado foi assistido por funcionária do 'Setor Jurídico da PMEU', isto é, funcionária da SUSEPE e inscrita nos quadros da OAB. No entanto, embora devidamente inscrita na OAB, tenho que, por ser funcionária da administração prisional, não poderia atuar na condição de defensora do apenado.

[...]

Portanto, nulo está o PAD!

(b) a notificação foi realizada para audiência designada para o dia 25/05/2009 (fl. 32). Contudo, os atos foram realizados em datas diversas, quais sejam, 27/05/2009, 10/06/2009, 15/06/2009, 22/06/2009, 07/07/2009 e 29/07/2009 (fls. 35/36; 37; 38; 39; 41 e 42).

Neste aspecto, desde meu olhar, reside outra nulidade, ao se realizarem os atos em datas diversas daquelas para as quais o apenado foi intimado: agressão ao contraditório e à ampla defesa. Ora, a realização do ato em data diversa faz presente um autêntico processo kafkaniano, em que tudo se dá às escondidas, ao arrepio daquele que é processado, criando uma contenda radicalmente polarizada e marcada pela surpresa.

Enfim, por todas razões acima expostas, as faltas graves devem ser afastadas.

Com essas considerações, dou integral provimento ao agravo para afastar as faltas graves, com o conseqüente restabelecimento dos dias remidos e da data-base." (Fls. 108/113; grifos no original.)

E, no julgamento dos embargos declaratórios opostos, consignou-se, in verbis:

"[...]

Ao mais, se a nulidade tem caráter absoluto, deve ser declarada de ofício e não há falar em prejuízo - o óbvio, que deve(ria) ser de conhecimento de todos operadores jurídicos.

Além disso, a realização de audiência (judicial) de justificação não supre qualquer irregularidade do PAD, na medida em que este é imprescindível ao reconhecimento da falta disciplinar em debate, consoante dispõe o art. 59 da LEP - aliás, ousou recomendar, vez mais, a leitura do voto.

Enfim, se a parte discorda destes entendimentos, ao invés de invocar fundamentos que levam a um reexame da matéria totalmente descabido, contribuindo para o tardar da prestação jurisdicional, deve buscar sua reforma perante a instância adequada e através dos meios

Superior Tribunal de Justiça

adequados.

[...]" (Fls. 136/137; grifos no original)

Como se vê, o Tribunal de origem afastou as faltas graves imputadas ao ora Recorrido e as consequências advindas de seu reconhecimento pelos seguintes motivos:

i) a situação fática não se subsume ao inciso I do art. 50 da Lei de Execuções Penais, já que não houve "movimento" de subversão da ordem, mas sim uma ocorrência de conflito particular entre alguns apenados;

ii) quanto ao art. 52 da Lei n.º 7.210/84, é indispensável o trânsito em julgado da condenação pela prática de crime doloso para que se tenha por configurada a falta grave;

iii) desde a edição do Decreto n.º 47.594/2010, é indispensável, para o reconhecimento da prática de falta grave (à exceção da hipótese de fuga), a existência de Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD;

iv) no caso, o Apenado, ora Recorrido, teria sido defendido por advogada regularmente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, porém que exerce o cargo de funcionária da SUSEPE;

v) embora o Apenado tenha sido notificado para a audiência de justificação, os atos foram realizados em datas diversas daquelas constantes da notificação; e

vi) as nulidades absolutas prescindem de demonstração do prejuízo.

Nas razões do recurso especial, constata-se, inicialmente, que não restou impugnado o fundamento do acórdão de que a situação fática dos autos não se adequaria à hipótese prevista no inciso I do art. 50 da Lei de Execuções Penais. Incide nesse particular, por analogia, o disposto no enunciado n.º 283 da Súmula da Suprema Corte, *in verbis*:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

Noutra vertente, observa-se que o Tribunal de origem afastou a falta grave cometida pelo Recorrido, porquanto o reconhecimento da referida falta só poderia ocorrer mediante Procedimento Administrativo Disciplinar no qual o Apenado fosse assistido por profissional devidamente inscrito nos quadros da OAB e desde que o referido advogado não trabalhasse na administração prisional.

Todavia, a jurisprudência majoritária deste Superior Tribunal de Justiça tem se direcionado no sentido de que o art. 118, § 2.º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade da instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o

Superior Tribunal de Justiça

reconhecimento da falta grave, sendo suficiente, para tanto, a realização de audiência de justificação que possibilite a oitiva prévia do Sentenciado, garantindo-se, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES ATUAIS NO ÂMBITO DA 5ª E 6ª TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. DEFESA FEITA POR ASSESSORIA JURÍDICA DO ÓRGÃO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Estando a decisão monocrática em consonância com os atuais julgados desta Quinta Turma e Sexta Turma deste Sodalício Superior, possível, ao teor do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, sua prolação monocraticamente, sem que se possa falar em violação ao princípio da colegialidade.

2. O art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, não impõe a obrigatoriedade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da referida infração, mas somente exige a realização de audiência de justificação que possibilite a oitiva prévia do sentenciado, garantindo-se, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. Isso porque, se a não realização do Procedimento Administrativo Disciplinar não gera nulidade à apuração da infração, tampouco a ausência de defesa técnica, quando o Apenado, no processo administrativo, foi acompanhado por Assistente Jurídico, foi ouvido pela Autoridade e apresentou defesa escrita, irá macular de vícios o processo de apuração da falta grave, sendo exatamente essa a hipótese dos autos.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no AG 1.413.561/RS, 5ª Turma, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Desembargador convocado do TJ/PR), DJe de 22/02/2013; sem grifo no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. NULIDADE FORMAL DO PAD. REINÍCIO DA CONTAGEM DOS PRAZOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME.

1. No caso, aponta-se nulidade no PAD que apurou a prática de falta disciplinar de natureza grave, uma vez que o paciente teria sido cientificado das acusações no dia em que realizada a audiência de instrução e julgamento do aludido processo administrativo, contrariando as disposições do art. 23, I, do Regimento Disciplinar Penitenciário, que preconiza o prazo de no mínimo três dias entre a cientificação e a realização da audiência.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a Lei de Execução Penal exige apenas a realização de audiência de

Superior Tribunal de Justiça

justificação, em que garantido ao reeducando o exercício do contraditório e da ampla defesa. Tornando prescindível, portanto, a instauração de processo administrativo disciplinar, que constituiria, nesse contexto, peça meramente informativa.

3. Consoante entendimento pacificado nesta Corte, a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime. Assim, a data-base para a contagem do novo período aquisitivo é a do cometimento da última infração disciplinar grave, computado do período restante da pena a ser cumprida.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 204.078/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 29/04/2013; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NULIDADE DO PAD. INEXISTÊNCIA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME: CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO ERESP 1.176.486/SP. NOVO MARCO: DATA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. 'A jurisprudência desta Corte, interpretando o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, consolidou-se no sentido da inexigibilidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento de falta grave, bastando que seja realizada audiência de justificação, na qual sejam observadas a ampla defesa e o contraditório. Precedentes' (HC 200.458/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe 17/11/2011.)

2. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (ERESP 1.176.486/SP, 3.^a Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 204.814/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/03/2013; sem grifo no original.)

Na hipótese, entretanto, verifica-se que a nulidade apontada pela Corte de origem não ocorreu, pois, além de ter sido acompanhado, no Procedimento Administrativo Disciplinar, por advogada integrante dos quadros da OAB, o Apenado foi ouvido em juízo, na presença de Defensor Público.

Superior Tribunal de Justiça

Confira-se, por oportuno, o seguinte trecho da decisão de primeiro grau, *in verbis*:

"[...]

Ouvido em juízo, o apenado negou sua participação na briga. Afirma não ter agredido o apenado Juarez Filho, que não se envolveu na briga, e que inclusive se dá com o referido apenado." (Fl. 57; sem grifo no original.)

Ademais, se o Sentenciado foi devidamente ouvido em audiência de justificação, não há falar em prejuízo decorrente da divergência entre a data constante da notificação e aquela em que houve a efetiva realização do ato, porquanto cumprida a finalidade do instrumento notificatório.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA QUANDO OUVIDO O PACIENTE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEFICIÊNCIA SUPRIDA PELA OITIVA EM JUÍZO COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. 1. Procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave no qual o Paciente foi ouvido sem a assistência da defesa técnica. Oitiva realizada no juízo das execuções com a presença de defensor público que supre essa deficiência. Precedente. 2. Ordem denegada." (STF, HC 109.536/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 15/06/2012.)

"Recurso ordinário em habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática da falta de natureza grave por ausência de procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo, devidamente assistido por uma defensor e na presença do Ministério Público. Observância do preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 e 244 do CPC). Aplicabilidade. Recurso ao qual se nega provimento. Reconhecimento da falta grave que implicou na perda integral dos dias remidos. Impossibilidade. Revogação do tempo a ser remido limitado ao patamar máximo de 1/3 (um terço). Lei nº 12.433/11. Novatio legis in melius. Possibilidade de retroagir para beneficiar o paciente. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. 1. Ao contrário do que afirma a recorrente, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (PAD nº 017/2009), o qual não foi homologado pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de Novo Hamburgo/RS, que entendeu que a defesa do apenado deveria ser feita por advogado habilitado. 2. No entanto, essa irregularidade

Superior Tribunal de Justiça

foi suprida pela repetição do procedimento em juízo, quando foi feita a oitiva do paciente, devidamente acompanhado de seu defensor e na presença do Ministério Público estadual. Portanto, não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa no ato que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente. 3. Aquele juízo na audiência de justificação, ao não potencializar a forma pela forma, que resultaria na pretendida nulidade do PAD pela defesa, andou na melhor trilha processual, pois entendeu que aquele ato solene teria alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo em questão. Cuida-se, na espécie, do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial (art. 154 do CPC) e, ainda que a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá, mesmo que realizado de outro modo, considerá-lo hígido quando tenha alcançado sua finalidade essencial (art. 244 do CPC). 4. Recurso ao qual se nega provimento. 5. Caso de concessão de habeas corpus de ofício, pois o reconhecimento da prática de falta grave pelo paciente implicou na perda integral dos dias a serem remidos de sua pena, o que, à luz do novo ordenamento jurídico, não mais é permitido. 6. A nova redação conferida pela Lei nº 12.433/11 ao art. 127 da Lei de Execução Penal, limita ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido. 7. Por se tratar de uma novatio legis in mellius, nada impede que ela retroaja para beneficiar o paciente no caso concreto. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa. 8. Ordem de habeas corpus concedida de ofício." (STF, RHC 109.847/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 06/12/2011; sem grifo no original.)

Por fim, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é uníssona ao afirmar ser prescindível o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a aplicação das sanções disciplinares cabíveis em função do cometimento de crime doloso no decorrer da execução penal. Em verdade, para a configuração da falta grave, a lei exige, apenas, a ocorrência do delito, fato que foi comprovado nas instâncias ordinárias.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE (CRIME DOLOSO). AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 52 DA LEI 7.210/84. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL, PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. APLICAÇÃO DO ART. 127 DA LEP PRESCINDE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO RELATIVO AO NOVO DELITO COMETIDO. PERDA TOTAL DOS DIAS REMIDOS. ADVENTO DA LEI 12.433, DE 29 DE JUNHO DE 2011. LIMITAÇÃO A 1/3. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de habeas corpus impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional.

2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. A prática de crime doloso no curso da execução da pena caracteriza falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execuções Penais, sendo indiferente o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo.

4. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda de até 1/3 dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena.

5. A nova redação do artigo 127 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei 12.433/2012, constitui norma penal mais benéfica, contendo regra que deve retroagir, em obediência ao art. 5º, XL, da Constituição Federal.

6. Writ não conhecido.

7. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, determinando a dedução dos dias remidos em 1/3, conforme dispõe o art. 127 da LEP." (HC 207.500/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora convocada do TJ/PE), DJe de 09/05/2013; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO NO CURSO DA EXECUÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. FALTA GRAVE CONFIGURADA. 4. FALTA GRAVE QUE DEVE INTERROMPER APENAS O LAPSO PARA A CONCESSÃO DE PROGRESSÃO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. O cometimento, pelo apenado, de crime doloso no curso da execução, caracteriza falta grave, nos termos do disposto no art. 52 da Lei de Execução Penal, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo, sendo certo, ademais, que a mencionada legislação não exige, igualmente, o trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, bastando, para tanto, que o condenado tenha cometido fato definido como crime doloso (art. 118, I, da LEP). Precedentes.

4. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso

Superior Tribunal de Justiça

Especial nº 1.176.486, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência entre os entendimentos das duas Turmas que julgam a matéria criminal, a fim de considerar que a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional. Dessa forma, a falta disciplinar de natureza grave não interfere no lapso necessário à obtenção do livramento condicional ou à concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no próprio Decreto Presidencial.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de determinar que a falta grave praticada pelo paciente enseje apenas a interrupção do lapso para a concessão da progressão de regime." (HC 189.899/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 04/12/2012; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. IMPETRAÇÃO DESTE MANDAMUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. 'O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição' (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. O incidente executório de configuração de falta grave, decorrente do cometimento de crime doloso, não sofre interferência da necessidade de condenação transitada em julgado, porquanto é de cunho administrativo e obedece aos mesmos parâmetros da ampla defesa e do contraditório exigidos no processo penal. Irrepreensível, portanto, o aresto que negou provimento ao recurso de agravo em execução.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 253.428/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 16/11/2012; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. ANOTAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCINDIBILIDADE. REGRESSÃO E PERDA DOS DIAS REMIDOS. CABIMENTO. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Basta o cometimento do crime doloso para reconhecimento da falta grave, sendo prescindível o trânsito em julgado da condenação para a aplicação das sanções disciplinares. Precedentes.

Superior Tribunal de Justiça

2. O cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e a perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime (EREsp 1.176.486/SP, 3.^a Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgamento concluído em 28/03/2012), iniciando-se o novo período aquisitivo a partir da data da última infração disciplinar.

4. Habeas corpus *denegado*." (HC 237.983/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 13/08/2012; sem grifo no original.)

Diante das considerações transcritas, comporta provimento o recurso do Ministério Público, razão pela qual passo à análise dos efeitos do reconhecimento da falta grave praticada pelo Recorrido.

Este Tribunal Superior fixou entendimento no sentido de que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta a regressão do regime prisional e o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime. (EREsp 1.176.486/SP, 3.^a Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/06/2012).

No entanto, embora a prática de falta grave interrompa o prazo para obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão do livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal.

No mesmo sentido, aliás, é o que dispõe a Súmula n.º 441 desta Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

"A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. "

Também quanto ao indulto, parcial ou total, não pode o cometimento de falta grave interromper a contagem do prazo para sua aquisição, se não houver expressa previsão no decreto concessivo da benesse, em obediência ao princípio da legalidade.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes julgados sobre o tema:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. COMUTAÇÃO. DECRETO PRESIDENCIAL N.º 7.420/2010. RÉU REINCIDENTE. 1/3 DA PENA CUMPRIDO. FALTAS DISCIPLINARES GRAVES PRATICADAS HÁ MAIS DE DOZE MESES. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Superior Tribunal de Justiça

CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A comutação de 1/5 da pena remanescente, nos termos do Decreto Presidencial n.º 7.420/2010, foi condicionada, no caso de réu reincidente - hipótese dos autos -, ao cumprimento de 1/3 da pena imposta, bem como à inexistência de falta disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, contados de 31/12/2010, data da publicação do Decreto.

II. Faltas graves cometidas pelo acusado antes desta data não impedem a obtenção da comutação de pena, não figurando como óbice ao preenchimento do requisito objetivo, nem do subjetivo, por estarem fora do período definido no Decreto Presidencial n.º 7.420/2010.

III. Nos termos da jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte, a prática de falta grave não acarreta a interrupção do prazo para a obtenção de livramento condicional, nos termos da Súmula n.º 441/STJ, de indulto e de comutação da pena, salvo se houver expressa previsão no Decreto Presidencial que concede o benefício.

IV. Deve ser cassado o acórdão recorrido, para que seja restabelecida a decisão do Juízo da 2ª Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente/SP, que concedeu ao paciente a comutação de 1/5 do remanescente de sua pena, nos termos do Decreto n.º 7.420/2010.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 230.654/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 08/03/2012.)

Por fim, quanto à perda dos dias remidos, cumpre esclarecer que, a partir da edição da Lei n.º 12.433/2011, o art. 127 da Lei de Execuções Penais passou a vigorar com a seguinte redação:

"Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar." (sem grifos no original)

Vê-se, portanto, que a referida penalidade passou a ter nova disciplina, não podendo mais a falta grave gerar a perda de todos os dias remidos, mas apenas até 1/3 (um terço) desse tempo, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o *quantum*, levando em conta "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da LEP.

E, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5.º, inciso XL, da Constituição da República.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. NOVA REDAÇÃO DO ART. 127 DA LEP, DADA PELA LEI N.º

Superior Tribunal de Justiça

12.433/2011.

1. Prevalece neste órgão fracionário, a partir do julgamento do Habeas Corpus n.º 123.451/RS, a orientação segundo a qual, por ausência de previsão legal, em caso de prática de falta grave, não há a interrupção do lapso necessário para a obtenção de benefícios da execução penal, inclusive, progressão de regime.

2. A partir da edição da Lei n.º 12.433/2011, que modificou a redação dada ao art. 127 da Lei de Execução Penal, a perda dos dias remidos, que antes poderia ocorrer em sua totalidade, ficou limitada ao patamar de 1/3 (um terço).

3. A redução se dará por forma proporcional à gravidade da falta, pois observado o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal.

4. A modificação da decisão primeva por este Superior Tribunal de Justiça implicaria indevida supressão de instância, cabendo ao Juízo das Execuções avaliar a fração aplicável à espécie, respeitando, o limite imposto na nova legislação.

5. Ordem concedida a fim de afastar a prática de falta grave como marco interruptivo da contagem dos prazos para obtenção de benefícios da execução e, de ofício, determinar ao Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro que examine a aplicação retroativa do art. 127 da Lei de Execução Penal ao caso concreto." (HC 213.911/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 29/02/2012.)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE (FUGA). INTERRUÇÃO NA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INDULTO (PARCIAL OU TOTAL). INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO PELO CONDENADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI N.º 7.210/84. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO, DE OFÍCIO, NESSE PONTO.

[...]

3. A partir da vigência da Lei n.º 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta 'a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão', consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execuções Penais.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a interrupção do lapso temporal para a concessão do indulto, parcial ou total, mantendo no mais o acórdão impugnado. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de, reformando a decisão de primeiro grau, na parte referente

Superior Tribunal de Justiça

à perda total dos dias remidos, determinar o retorno dos autos ao Juízo de Execuções Penais, para que se complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais." (HC 220.765/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 19/12/2011.)

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO para, cassando o acórdão hostilizado, reconhecer a prática de falta grave pelo Recorrido, determinando, por conseguinte: *i*) a interrupção da contagem do prazo necessário à concessão da progressão de regime, na data do cometimento da falta grave; e *ii*) o retorno dos autos ao Juízo das Execuções, a fim de que estabeleça novo patamar da remição, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais.

É como voto.