



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.047 - SP (2017/0106187-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ALMEIDA DA SILVA

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS**. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APONTADA ILEGALIDADE NA OITIVA DE TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DO REEDUCANDO. OITIVA JUDICIAL.DESNECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. "FATO DE TERCEIRO". PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. APLICÁVEL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. PERDA DO OBJETO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ABSOLVER O PACIENTE DA PRÁTICA DA FALTA GRAVE.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não há que se falar em nulidade na oitiva de testemunhas no PAD, acompanhada de Defesa técnica, de modo a garantir do apenado a ampla defesa e o contraditório. Ademais, a defesa não arguiu as nulidades no momento oportuno, ocorrendo a preclusão.

IV - De acordo com a jurisprudência deste Tribunal é **desnecessária a realização de audiência** para homologação de falta grave, se a falta foi apurada em **regular procedimento administrativo**, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, com efetiva participação da defesa técnica.

V - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos.

VI - No caso dos autos, o reeducando sequer chegou a ter contato com as peças de celular que lhe foram enviadas por Sedex, impedindo-se a entrada dos objetos na unidade prisional.

VII - O fato de as peças de celular terem sido encaminhados pela genitora do paciente não indicam com a certeza necessária que ele as encomendou.

VIII - Não configurada a conduta "**ter em sua posse**" aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, descrita no art. 50, VII, da LEP, a absolvição do paciente da falta grave imputada é medida que se impõe.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para absolver o paciente da falta grave que lhe foi imputada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.047 - SP (2017/0106187-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ALMEIDA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em benefício de LEANDRO ALMEIDA DA SILVA, contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o Juízo da Execução, após regular procedimento administrativo disciplinar, reconheceu que o paciente cometeu falta disciplinar de natureza grave, consistente em ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos e com o ambiente externo (art. 50, VII, da LEP).

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução, arguindo as seguintes nulidades: a) inversão da ordem de realização do interrogatório; b) ausência do paciente na oitiva de testemunhas; c) ausência de oitiva judicial para homologação da falta; d) atipicidade da conduta (por fato de terceiro) e e) não realização de perícia no aparelho celular. O eg. Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

Recurso interposto visando, em preliminar, ao reconhecimento de nulidades do procedimento e, no mérito, à absolvição por atipicidade de conduta. Descabimento.

1. Inocorrência de nulidades no procedimento administrativo. A) Tratando-se de sindicância, existe procedimento específico que deve ser observado, com prévia realização de interrogatório, ao revés do previsto no CPP para o procedimento comum, não se podendo olvidar que, sempre, a regra especial prevalece sobre a geral (inexistindo lógica e causa legal para aplicação necessária obrigatória da Lei Adjetiva), sem se cogitar de violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, destacando-se, ainda,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser posterior o regulamento às alterações introduzidas naquele Código no atinente. Precedentes. B) A simples ausência do sentenciado quando da inquirição de testemunhas, possível nos termos do art. 72, da resolução SAP nº144/2010, não consiste em cerceamento de defesa, porquanto exercida, plenamente, a defesa técnica, oportunizada à defesa formular perguntas, como era de rigor. De todo o modo, não demonstrado efetivo prejuízo, o que se fazia mister para o reconhecimento de nulidade, se porventura entendesse existente, porque seria relativa. Precedentes da C. Câmara e do E. Tribunal.

2. Ausência de oitiva judicial que, no caso, não maculou o procedimento. Embora se reconheça a violação do direito do agravante de ser ouvido na apuração de qualquer acusação formulada contra ele, não restou demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo, o que exclui a possibilidade de reconhecimento da nulidade arguida. Princípio do pas de nullité sans griei - Art. 563, do CPP. Nulidades afastadas.

3. Reconhecimento da conduta faltosa que se impunha. Componentes de aparelho de telefonia celular enviados, ao sentenciado, por SEDEX. Encomenda postada por sua mãe, conforme contido no respectivo campo (inclusive com endereço coincidente ao do registro no cadastro), nada se comprovando sobre acusação forjada tal como afirmado por ele. Perfeita adequação da conduta faltosa. Apreensão cabalmente comprovada por prova oral (testemunhos). A) Possibilidade de condenação por falta tentada, surgindo de todo irrelevante a circunstância de os objetos proibidos não terem aportado às mãos do sentenciado, frustrando o intento. Precedente da C. Câmara. B) Desnecessidade de perícia para atestar a funcionalidade das peças, que igualmente são proscritas. caracterizando falta a posse de quaisquer partes desmontadas (hipótese dos autos), como placas, ou acessórios, tais como "chips", baterias ou seus respectivos carregadores, de telefones celulares ou similares. Precedentes.

Negado provimento" (fls. 125-127).

Daí o presente **mandamus**, no qual sustenta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento de falta grave em seu desfavor, não obstante estar o procedimento eivado de nulidades, quais sejam, a ausência do paciente na oitiva das testemunhas no PAD e a não realização de oitiva judicial para homologação da falta. No mérito, aduz que a conduta é atípica, porquanto se trata de "fato de terceiro".

Sustenta que não configura falta grave o fato de ter sido encontrado objeto em sua correspondência, porquanto não restou comprovado que ele tenha encomendado as peças



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de aparelho celular.

Ressalta que para o reconhecimento da falta que lhe foi imputada exige-se a "posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico que permita a comunicação", o que não ocorreu no caso dos autos, asseverando que a *"mera intenção não é punível"* (fl. 10).

Edifica sua tese, ainda, no argumento de que a conduta de ser destinatário de sedex que continha um aparelho celular não pode ser considerada falta grave por ausência de previsão legal, entendendo que o caso configurou analogia **in malam partem**.

Salienta, afinal, que não houve perícia nas peças apreendidas, a fim de se verificar se teriam condições de permitir a comunicação entre os detentos ou com o ambiente externo, em afronta ao art. 158 do Código Penal.

Aduz que *"A exigência de perícia técnica é, além de meio para aferir-se a adequação típica (tipicidade formal), também a única via capaz de atestar a lesividade da conduta (tipicidade material) à segurança prisional ao permitir a comunicação do preso de maneira indevida"* (fl. 17).

Requeru a concessão da ordem, liminarmente, afastando-se a falta grave aplicada. No mérito, pede a confirmação da liminar.

Liminar indeferida às fls.153-154.

Informações prestadas às fls. 161-224.

O Ministério Público Federal, às fls. 228-237, oficiou pela concessão da ordem, de ofício, para que sejam cassadas as decisões das instâncias inferiores que reconheceram a falta grave. O parecer foi assim ementado:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.

-VALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TANTO EM RELAÇÃO À REALIZAÇÃO DE OITIVA DO SENTENCIADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMO À TOMADA DE DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS SEM A SUA PRESENÇA.

-FALTA GRAVE. ART. 50, VII, DA LEP. SEDEX ENVIADO AO APENADO, CONTENDO APARELHO CELULAR E SEUS COMPONENTES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPROVAR A SOLICITAÇÃO PELO PACIENTE DA REMESSA DESSES EQUIPAMENTOS. ATO DE TERCEIRO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

-PARECER PELA EXTINÇÃO DO WRIT SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA QUE SEJAM CASSADAS AS DECISÕES DAS INSTÂNCIAS INFERIORES QUE RECONHECERAM A PERPETRAÇÃO DE FALTA GRAVE PELO PACIENTE."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 399.047 - SP (2017/0106187-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ALMEIDA DA SILVA

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS**. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APONTADA ILEGALIDADE NA OITIVA DE TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DO REEDUCANDO. OITIVA JUDICIAL.DESNECESSIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. "FATO DE TERCEIRO". PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. APLICÁVEL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. PERDA DO OBJETO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ABSOLVER O PACIENTE DA PRÁTICA DA FALTA GRAVE.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não há que se falar em nulidade na oitiva de testemunhas no PAD, acompanhada de Defesa técnica, de modo a garantir do apenado a ampla defesa e o contraditório. Ademais, a defesa não arguiu as nulidades no momento oportuno, ocorrendo a preclusão.

IV - De acordo com a jurisprudência deste Tribunal é **desnecessária a realização de audiência** para homologação de falta grave, se a falta foi apurada em **regular procedimento administrativo**, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, com efetiva a participação da defesa técnica.

V - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos.

VI - No caso dos autos, o reeducando sequer chegou a ter contato com as peças de celular que lhe foram enviadas por Sedex, impedindo-se a entrada dos objetos na unidade prisional.

VII - O fato de as peças de celular terem sido encaminhados pela genitora do paciente não indicam com a certeza necessária que ele as encomendou.

VIII - Não configurada a conduta "**ter em sua posse**" aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, descrita no art. 50, VII, da LEP, a absolvição do paciente da falta grave imputada é medida que se impõe.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para absolver o paciente da falta grave que lhe foi imputada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, como no caso dos autos, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, em sendo possível a verificação de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Busca-se, no presente **writ**, a nulidade da decisão que reconheceu a falta grave por ausência do paciente na oitiva das testemunhas e ausência de inquirição judicial para homologação da falta. No mérito, aduz se tratar de fato de terceiro e, portanto, ser atípica a conduta e, ainda, ser necessária a realização de perícia.

Em relação à nulidade do procedimento administrativo por ausência do apenado na oitiva das testemunhas, razão não lhe assiste, uma vez que as declarações foram tomadas na presença da defesa técnica, o que assegurou a ampla defesa e o contraditório. Verifica-se, ademais, que a defesa não suscitou quaisquer nulidades no momento oportuno,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrendo, assim, o fenômeno da preclusão.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APENADO INTERROGADO NA PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. SÚMULA 533/STJ. PRÉVIA OITIVA JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ABSOLVIÇÃO/DESCLASSIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO GRAVE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PERDA DE ATÉ 1/3 DIAS REMIDOS. FUNDAMENTAÇÃO DEVIDA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há se falar em nulidade do procedimento administrativo disciplinar diante da falta de citação do agravante e de oportunização de apresentação da defesa prévia, bem como ausência do agravante na audiência de inquirição das testemunhas, uma vez que o apenado foi interrogado na presença da defesa técnica, sendo-lhe assegurados, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa. Verifica-se, ademais, que a defesa não aventou quaisquer nulidades no momento oportuno, ocorrendo, assim, o fenômeno da preclusão.

2. 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*. 3. "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). 4. 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 observados os postulados da ampla defesa e do contraditório, como na hipótese em apreço, em que o agravante foi ouvido na presença de defensor técnico.

5. Assentado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, que o agravante não teria observado as regras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de comportamento na execução da pena incorrendo na prática de infração disciplinar de natureza grave, a alteração desse entendimento, a fim de descaracterizá-la para média ou leve, demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, o que é inadmissível na via estreita do habeas corpus.

6. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a perda de até 1/3 dos dias remidos, em razão da falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a própria legislação de regência, que estabelece a observância das diretrizes elencadas no art. 57 da LEP. Precedentes. 7. No caso, a perda de 1/3 dos dias remidos foi devidamente fundamentada, não se verificando, portanto, nenhuma ilegalidade imposta ao agravante, apta a autorizar a concessão da ordem, de ofício.

8. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 382.036/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 26/5/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. INTERROGATÓRIO. INVERSÃO DA ORDEM PROCESSUAL. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DIRETA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUDIÊNCIA DO SENTENCIADO EM JUÍZO. PRESCINDIBILIDADE. OITIVA REALIZADA DURANTE O PAD COM A PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO RECONHECIMENTO DA FALTA DISCIPLINAR. SANÇÃO COLETIVA. NÃO OCORRÊNCIA. ATIPICIDADE OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. DIAS REMIDOS. FALTA DE INTERESSE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há falar em nulidade do processo administrativo disciplinar por contrariedade aos postulados do contraditório e da ampla defesa se restaram observadas as formalidades legais, com prévia manifestação da defesa dos envolvidos na infração disciplinar e acompanhamento do sentenciado por assistente jurídico, o qual, inclusive, participou da oitiva das testemunhas. 2. Necessidade de comprovação do prejuízo processual arguido para que constatado o constrangimento ilegal.

3. Matérias não enfrentadas pela Corte de origem, tais quais a alegação de que o interrogatório se deu em momento anterior à instrução penal, não podem ser analisadas diretamente por este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal, sob pena de supressão de instância.

4. *Pacificou a jurisprudência ser desnecessária nova oitiva do condenado em juízo, se já realizada, com a presença de defesa técnica, durante o procedimento administrativo que apurou a falta disciplinar. Precedentes.*

5. *Não há ofensa ao princípio da motivação se o Juízo, em direta alusão ao processo administrativo disciplinar, fundamentou o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave.*

6. *A vedação atinente à aplicação de sanção coletiva não se enquadra ao caso, que se restringe à imposição da penalidade aos reeducandos participantes, devidamente identificados por meio de testemunhos.*

Hipótese de "autoria coletiva" e não de "sanção coletiva".

7. *Se as instâncias ordinárias concluíram que os atos praticados no interior do estabelecimento prisional configuram falta grave, a desclassificação para falta média ou leve ou o reconhecimento de sua atipicidade demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, insuscetível de ser realizada na via estreita do writ.*

8. *Ausente a determinação de perda dos dias remidos, inexistente interesse do paciente no tópico.*

9. *Decisão monocrática mantida por seus próprios fundamentos.*

10. *Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 389.366/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 11/5/2017).*

No que concerne à alegada nulidade da decisão de primeiro grau por ausência de oitiva do apenado em Juízo, não assiste razão ao impetrante.

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"* (Terceira Seção, DJe de 21/3/2014; Súmula 533/STJ).

A referida decisão reforçou a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido 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 em que foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como na hipótese em apreço.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. DUPLO HOMICÍDIO NA FORMA TENTADA. PENA-BASE MAJORADA. MODIFICAÇÃO. SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 'De acordo com a jurisprudência deste Tribunal é 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 06/11/2015).

Agravo regimental desprovido" (AgInt no AREsp n. 872.403/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 15/8/2016.)

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) FALTA GRAVE. HOMOLOGAÇÃO FUNDAMENTADA APÓS REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INCABÍVEL REEXAME. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. (2) OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO ANTES DA HOMOLOGAÇÃO DA FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A aplicação da falta grave deu-se mediante regular procedimento administrativo disciplinar - PAD, com rito próprio previsto na Lei de Execução Penal, sendo reconhecida a sua prática fundamentadamente, conforme entenderam as instâncias ordinárias. O reexame da questão é incabível na via estreita do habeas corpus, dada a necessidade de incursão na seara fático-probatória do caso. Precedente.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é desnecessária nova oitiva do sentenciado em juízo 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, acompanhado da defesa técnica. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 320.865/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 2/6/2015).

Ademais, a previsão de oitiva judicial, nos termos do § 2º do art. 118 da Lei de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execução Penal, se refere à aplicação da regressão de regime pelo Magistrado, o que não ocorreu no caso em tela.

Quanto ao pleito de reconhecimento da atipicidade da conduta, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos. Segundo o referido princípio, há óbice em se aplicar sanção penal para quem não praticou o fato, corolário impositivo do princípio constitucional da personalidade da pena, insculpido no art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

A propósito do tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

"CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FALTA GRAVE. ART. 50, VII, DA LEP. SEDEX ENVIADO AO APENADO CONTENDO ACESSÓRIOS DE APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A COMPROVAR A SOLICITAÇÃO PELO PACIENTE. ATO DE TERCEIRO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. In casu, à míngua de elementos concretos, conclui-se que o paciente não praticou a conduta descrita no art. 50, VII, da LEP, uma vez que os acessórios do aparelho celular, conforme consignado no acórdão impugnado, foram remetidos via Sedex. O fato de a irmã constar do rol de visitantes do reeducando e a suspeita de que o apenado é quem teria solicitado o envio dos produtos não são suficientes para afirmar a prática da falta grave.

3. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em razão do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para cassar as decisões das instâncias ordinárias e afastar o cometimento da falta grave e seus consectários legais" (HC n. 372.850/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/4/2017).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ENVIO, VIA SEDEX, DE OBJETOS (APARELHO CELULAR, BATERIA, CHIP E PEDAÇOS DE SERRA, ACONDICIONADOS NO INTERIOR DE UMA TELEVISÃO). REVISTA PRÉVIA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DESCOBERTA. NÃO COMPROVAÇÃO DE ATO MATERIAL DO REEDUCANDO. FALTA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em decorrência do princípio da intranscendência penal, a imposição de falta grave ao executado, por transgressão realizada por terceiro, deve ser afastada quando não comprovada a autoria do reeducando, através de elementos concretos. O mencionado princípio é explicado como a vedação de se pretender a aplicação da sanção penal a quem não seja o autor do fato, corolário impositivo do princípio constitucional da personalidade da pena, insculpido no art. 5º, inciso XLV, da Carta Magna.

3. In casu, não há como concluir que o paciente praticou falta grave. Com efeito, depreende-se dos autos que o apenado sequer manteve contato com o material que supostamente lhe fora destinado mediante SEDEX, porquanto os objetos proibidos, acondicionados no interior de uma televisão, não ingressaram na unidade prisional, em virtude do diligente trabalho dos agentes penitenciários.

4. Ademais, não ficou comprovada a prática de nenhum ato material pelo paciente, não podendo, assim, a suposta conduta ilícita ser imputada ao reeducando.

5. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedida de ofício para cassar o acórdão proferido pela Corte de origem, e, em consequência, absolver o paciente do cometimento da falta grave que lhe fora imputada" (HC n. 361.984/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 26/8/2016).

"HABEAS CORPUS. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE RECURSO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. ENVIO, VIA SEDEX, DE ACESSÓRIO PARA APARELHO CELULAR. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REVISTA PRÉVIA. DESCOBERTA. FALTA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA.

1. Esta Corte, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não tem admitido que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio, tampouco à revisão criminal, o que não impede em situações de flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade individual, seja concedida, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. Não se descarta que o art. 49, parágrafo único, da LEP, prevê que a tentativa da prática de ato que corresponda a falta disciplinar deverá ter idêntico tratamento ao da prática de falta disciplinar consumada. Entretanto, não se dispensa a existência de um suporte probatório do qual permita concluir, indubitavelmente, que o fato considerado faltoso teria se dado por provocação ou com a participação do condenado.

3. A execução penal, tal como ocorre com outros ramos, rege-se não só por regras, mas, também por princípios, que se imbricam, direta ou reflexamente, com princípios constitucionais ou inerentes ao processo penal de conhecimento.

4. Corolário do princípio da culpabilidade, o princípio da personalidade, de matiz constitucional (art. 5º, XLV, da CF) e que também é conhecido, entre outros nomes, como princípio da intrascendência penal, assume relevo tanto para o processo de conhecimento, quanto para o processo de execução penal.

5. Por esse princípio, fruto de conquista histórica que remonta ao iluminismo, compreende-se que a pena não pode passar da pessoa do autor ou partícipe do crime.

6. O raciocínio que se desenvolveu com o princípio da personalidade, no que tange ao cometimento de um delito, deve ser estendido, também, para os casos em que se apura a prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, a despeito da conduta do condenado não se constituir, necessariamente, em um injusto penal. Isso em decorrência das implicações - que podem ser graves - que sofrerá o condenado com a constatação de que determinado fato, que lhe é eventualmente imputado, constitui falta disciplinar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ainda que sejam fortes as suspeitas de que algum condenado tenha solicitado a terceiros que se lhe enviasse, via correios, aparelho celular ou algum de seus acessórios, tal ilação, por si, desamparada de qualquer outro elemento concreto que indique essa solicitação, não se mostra suficiente para que seja imputada falta disciplinar ao paciente, em razão, sobretudo, da intranscendência penal, cuja aplicação é perfeitamente aceitável em sede de execução penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão do Juiz das Execuções Criminais e Corregedoria da Comarca de Marília/SP" (HC n. 291.774/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 18/11/2014).

No caso dos autos, não há como concluir que o paciente praticou a falta grave, porquanto o fato de sua genitora ter lhe encaminhado as peças de telefone celular, por meio de sedex, não demonstra por si só que ele solicitou os objetos e, portanto, não é suficiente para afirmar a prática de falta grave.

Ademais, segundo se pode aferir dos autos o paciente sequer manteve contato com os objetos encaminhados, visto que o sedex foi interceptado pelos agentes penitenciários que sequer permitiram a sua entrada na unidade prisional.

Ressalte-se que ao interpretar o art. 50, VII, da LEP, extrai-se que comete falta grave o apenado que **tiver em sua posse**, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

In casu, à míngua de elementos concretos, conclui-se que o paciente não praticou nenhuma das condutas acima descritas, uma vez que as peças do aparelho celular foram enviadas via Sedex, interceptado antes mesmo que adentrasse no estabelecimento prisional.

De forma que deve ser reconhecida a atipicidade da conduta para absolver o paciente do cometimento da falta grave que lhe foi imputada, o que implica a perda do objeto da alegação de necessidade de realizar-se perícia nas peças de celular.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para cassar o acórdão proferido pela Corte de origem, e, em consequência, absolver o paciente do cometimento da falta grave que lhe fora imputada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0106187-8

HC 399.047 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20170000103268 70098597120168260482 833966

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEANDRO ALMEIDA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.