



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.712 - RS (2010/0146334-4)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **FAGNER SOARES BUENO**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. EXECUÇÃO PENAL. **1.** PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DO TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 109 DO CÓDIGO PENAL. REGIMENTO DISCIPLINAR PENITENCIÁRIO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISCIPLINAR PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA PENAL. **2.** NULIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO PRELIMINAR E DISPENSÁVEL. FASE JUDICIAL QUE ASSEGURA DIREITO DE DEFESA POR MEIO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO E ASSISTÊNCIA POR DEFESA TÉCNICA. **3.** FALTA DISCIPLINAR GRAVE. TRANSGRESSÃO QUE IMPLICA NA INTERRUPÇÃO DO LAPSO PARA CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO JULGAMENTO DO ERESP Nº 1.176.486. **4.** AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO NO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL (SÚMULA 441/STJ), INDULTO E COMUTAÇÃO. **5.** PERDA DOS DIAS REMIDOS. LEI Nº 12.433/2011. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 66 DA LEP E SÚMULA 611/STF. **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO PARA APLICAR RETROATIVAMENTE A LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Hipótese em que a Defensoria Pública alega prescrição da falta grave pela extrapolação do prazo previsto no Regimento Disciplinar Penitenciário Estadual, nulidade no procedimento administrativo disciplinar - PAD - em razão da ausência de defesa técnica, com ofensa aos princípios da ampla defesa e ao contraditório -, bem como que a falta grave não gera interrupção no prazo para obtenção de futuros benefícios da execução.

2. O entendimento pacificado em ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior é no sentido de que diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar, deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ou 2 anos se a falta tiver ocorrido antes desta data.

3. Improcedente a alegação de prescrição com base no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009), uma vez que não cabe ao RDP Estadual disciplinar prescrição em matéria penal.

4. Se a realização do procedimento administrativo disciplinar pode ser dispensada, não há que falar em nulidade por ausência de defesa técnica nesta fase preliminar de apuração.

5. Inexiste constrangimento ilegal se não sobreveio qualquer prejuízo ao paciente, visto que, antes da homologação judicial da falta grave, foi garantido ao apenado o direito de ser ouvido em audiência de justificação com a devida assistência de defesa técnica, assegurado, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

6. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência entre os entendimentos das duas Turmas, considerando que a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional.

7. Todavia, a ocorrência de falta grave não deve interferir no lapso necessário para o livramento condicional ou para concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no próprio Decreto Presidencial.

8. Para evitar a indesejável supressão de instância, bem como conciliar os direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais do apenado ao duplo grau de jurisdição e a aplicação retroativa da nova lei penal mais benéfica, deve ser concedido **habeas corpus** de ofício para determinar a remessa dos autos ao Juiz das Execuções que, aplicando a **novatio legis in melius**, manifeste-se sobre a fração de perda dos dias remidos a ser aplicada.

9. **Habeas corpus** concedido em parte para que a interrupção do prazo, em razão do cometimento de falta grave, ocorra apenas para fins de progressão de regime e, de ofício, determinar que o Juiz das execuções, aplicando retroativamente a Lei nº 12.403/2011, fixe o novo patamar de perda dos dias remidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.712 - RS (2010/0146334-4)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Fagner Soares Bueno, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Colhe-se dos autos que o Juiz das execuções homologou o Procedimento Administrativo Disciplinar - PAD - em que foi apurado o cometimento de falta disciplinar pelo apenado, reconhecendo a prática de falta grave, determinando a regressão de regime prisional e a perda dos dias remidos.

Inconformada, a Defensoria Pública Estadual interpôs agravo em execução pretendendo o reconhecimento da prescrição da falta disciplinar e a decretação da nulidade da decisão de primeiro grau por nulidade no procedimento administrativo disciplinar - PAD - pela ausência de defesa técnica, com ofensa aos princípios da ampla defesa e ao contraditório. Alegou, ainda, inexistir previsão legal para interrupção do prazo necessário à concessão de futuros benefícios da execução. O Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso, nos termos do acórdão de fls. 89/116.

Daí o presente **writ** em que se reitera as alegações de prescrição da falta grave, nulidade no PAD por ausência de defesa técnica e de inexistência de previsão legal para interrupção do prazo necessário à concessão de futuros benefícios da execução.

A liminar foi indeferida pelo antigo Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, à fl. 125.

Dispensadas as informações, a douta Procuradoria Geral da República opinou pela "concessão parcial da ordem, para que a alteração da data-base atinja tão somente o benefício da progressão de regime" (fls. 133/139).

Os autos foram a mim atribuídos em 6/9/2011.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 181.712 - RS (2010/0146334-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O acórdão que negou provimento ao agravo da Defensoria Pública Estadual ficou resumido com a seguinte ementa (fls. 90/91):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. EVASÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. CONSEQUÊNCIAS.

1. Procedimento Administrativo Disciplinar. Prescrição e nulidades inócuentes. O caso de prescrição previsto no RDP (Portaria SJS nº 014, de 21.01.2004) diz, exclusivamente, com o lapso temporal mínimo entre o cometimento da falta e a instauração do PAD, não prevendo qualquer consequência a não observância daquele previsto para a conclusão do procedimento. Questão que somente restou alterada com o advento do Decreto nº 46.534, de 04.08.2009. Não comprovação de prejuízo que pudesse justificar a declaração de eventual nulidade. PAD instaurado no dia seguinte ao da recaptura, não havendo que se falar em prescrição. Notificação. O eventual desrespeito ao prazo mínimo de antecedência de 5 dias na notificação do preso não resulta em nulidade, uma vez que apresentou, ao Conselho Disciplinar e em juízo, a justificativa que entendia cabível. Ausência de defesa técnica. A presença de defensor somente é obrigatória nos processos judiciais, não nos administrativos. Precedentes. Hipótese na qual a defesa admite que o réu foi assistido por assessor jurídico. Inexistência de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O reconhecimento da falta e aplicação das sanções judiciais até mesmo prescinde da instauração de PAD. Preliminares rejeitadas.

2. Fuga. Falta de natureza grave. Regressão do regime de cumprimento da pena. A fuga empreendida pelo apenado do estabelecimento carcerário, não devidamente justificada, configura falta grave, a ensejar a regressão do regime de cumprimento da pena. Comportamento do segregado incompatível com a fruição de regime menos severo, tendo fugido cerca de 5 meses após a progressão para o regime semiaberto, quando gozava do benefício de saída temporária. Inteligência dos arts. 50, II; 118, I da LEP. Não violação a quaisquer princípios constitucionais. Precedentes jurisprudenciais. Regressão do regime mantida.

3. Alteração da data-base para obtenção de benefícios. O cometimento de falta grave interrompe a contabilização do prazo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para obtenção de futuros benefícios, impondo-se fixação de nova data-base para a contagem dos prazos. Havendo regressão de regime, o marco, para tanto, será a data do ingresso no regime mais gravoso. Inteligência do art. 112 da LEP, que exige o cumprimento de 1/6 de pena no regime anterior, para que possa obter a progressão. Precedentes do STJ e desta Corte. Sendo de praxe a regressão cautelar, a mesma deve ser presumida. Correta, assim, a eleição do novo termo como sendo o da recaptura – 13.12.2008.

*4. Remição. Perda. O cometimento de falta de natureza grave enseja a perda da remição. Inexistência de direito adquirido. **Decisum** cujos efeitos são meramente declaratórios de um direito já constituído, pelo tempo trabalhado, mas sujeito à condição resolutiva, isto é, bom comportamento carcerário. Não-violação a princípios ou preceitos de ordem constitucional ou infraconstitucional. Aplicação da Súmula Vinculante nº 9 do STF. Inexistência de limitação temporal a ser observada.*

PRELIMINARES REJEITADAS.

AGRAVO EM EXECUÇÃO IMPROVIDO.

De início, tenho que a alegação de ocorrência da prescrição da falta grave não merece prosperar.

Com efeito, o entendimento pacificado em ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior é no sentido de que diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar, deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ou 2 anos se a falta tiver ocorrido antes desta data.

São precedentes nossos:

A - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE ENTORPECENTE NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDUTA TIPIFICADA COMO CRIME DOLOSO. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO REGULADO PELO LAPSO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 109 DO CÓDIGO PENAL.

1. Segundo preceitua a norma do art. 52 da Lei de Execuções Penais, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave.

2. Embora o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não mais preveja a pena privativa de liberdade para esse delito, o fato continua sendo classificado como crime.

3. Na linha da jurisprudência pacífica desta Casa, a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave, ocorre no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prazo mínimo previsto no art. 109 do Código Penal.

4. Embora atualmente o prazo fixado nessa norma seja de 3 (três) anos - redação dada pela Lei nº 12.234, de 5.5.2010, à época dos fatos o lapso regulador era o de 2 (dois) anos.

5. De todo modo, da própria impetração ressaí que decorreu período inferior a 1 (um) ano, não havendo falar em prescrição.

6. Com efeito, a falta imputada ao paciente teria sido praticada em 23.2.2008, enquanto a sua homologação se deu em 3.10.2008. Assim, inexistiu constrangimento ilegal.

7. Ordem denegada. (HC nº 166.458/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES, DJe de 29/2/2012)**

B - CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO BIENAL. ARTIGO 109 DO CÓDIGO PENAL. LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DO FATO E A HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS E ANOTAÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A jurisprudência pacífica desta Casa consolidou-se no sentido de que a prescrição, nos casos de falta disciplinar de natureza grave, ocorre em dois anos, a teor do que dispõe o artigo 109 do Código Penal.

II. Tendo transcorrido lapso superior a dois anos entre a data da infração disciplinar e da sua homologação judicial, há reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva em relação à falta grave.

III. Concessão da ordem para declarar a prescrição da pretensão punitiva em relação ao reconhecimento de falta grave e, conseqüentemente, determinar a devolução dos dias remidos pelo paciente e a exclusão da anotação do ato indisciplinar de seu prontuário.

*IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC nº 161.004/SP, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe 01/07/2011)*

No caso concreto, constata-se que a falta disciplinar ocorreu no dia 13 de dezembro de 2008 e, após a realização do procedimento administrativo e da audiência em Juízo, foi proferida decisão, em 22 de dezembro de 2009, homologando a falta praticada pelo apenado (fl. 39). Assim, verifica-se que não houve o transcurso de dois anos entre a data do cometimento da falta disciplinar (13/12/2008) e a decisão judicial que a homologou (22/12/2009).

Da mesma forma, improcedente a alegação de prescrição com base no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009), uma vez que não é competência do Regimento Disciplinar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penitenciário do Estado disciplinar a prescrição em matéria penal, razão pela qual denego essa parte do pedido.

No tocante ao pedido de reconhecimento de nulidade no PAD, melhor sorte não assiste a impetrante, pois o entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontra-se em perfeita harmonia com a orientação da doutrina, onde encontramos a lição de Guilherme de Souza Nucci que, ao discorrer sobre a necessidade de ser assegurado ao apenado o direito à ampla defesa e ao contraditório somente na fase judicial, diante das dificuldades da instauração e condução do procedimento administrativo disciplinar nos mesmos moldes do processo judicial, leciona:

A execução penal tem caráter jurisdicional, portanto, está sob constante controle do juiz, que conduz o processo de execução garantindo ao condenado a ampla defesa e o contraditório. Não se pode exigir que num presídio, mormente os de grandes proporções, conduza-se uma sindicância para apurar falta grave como se processo fosse, pois seria infundável, complexa e ineficiente, o que é incompatível com sua finalidade. Ouvindo-se o sentenciado e propiciando-lhe oportunidade de se explicar é suficiente, nos termos do art. 59 da LEP. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.^a ed. São Paulo, RT, 2009, p. 474/475)

No mesmo sentido é a compreensão desta Corte Superior que entende inexistir constrangimento ilegal se não sobreveio qualquer prejuízo ao paciente, uma vez que, antes da homologação judicial da falta grave, foi assegurado ao apenado o direito de ser ouvido em audiência de justificação com a devida assistência de defesa técnica, garantido, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

São precedentes nossos:

A - EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. ART. 118, § 2º, DA LEP. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA. PRESENÇA DO DEFENSOR PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A jurisprudência desta Corte, interpretando o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, consolidou-se no sentido da inexistência 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.

II. O reconhecimento da prática infracional, no curso do resgate



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de sanção corporal, depende da prévia oitiva do condenado perante o magistrado que oficia na vara de execuções penais, em audiência na qual lhe seja garantido o direito à defesa técnica, o que foi observado in casu, eis que o apenado foi ouvido em juízo, na presença de Defensor Público, ocasião em que foi reconhecida a prática de infração disciplinar de natureza grave.

III. Ordem denegada. (HC nº 200.458/RS, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 17/11/2011)

B - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA. REGULAR EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INTERRUÇÃO DO PRAZO LEGAL EXIGIDO PARA FINS DE BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO QUANTO À COMUTAÇÃO E AO LIVRAMENTO CONDICIONAL (SÚMULA 441/STJ). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No que tange à indicada nulidade decorrente da ausência de defesa por profissional habilitado nos autos de PAD instaurado para apurar a prática de infração disciplinar grave pelo detento, vale observar que esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que a Lei de Execução Penal apenas exige, quando do reconhecimento da falta, a oitiva prévia do reeducando, não reclamando sequer a instauração do aludido procedimento.

2. In casu, as instâncias ordinárias ressaltaram que foi realizada audiência de justificação prévia, possibilitando ao paciente o exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual não se verifica, neste ponto, a existência de coação ilegal.

3. A prática de falta grave acarreta a interrupção do prazo para a obtenção de benefícios em sede de execução criminal, salvo no que tange ao livramento condicional (Súmula n. 441/STJ) e à comutação de pena.

4. Ordem parcialmente concedida para afastar a interrupção do prazo necessário ao deferimento do livramento condicional e da comutação de pena em razão da prática de falta grave. (HC nº 199.069/RS, Relator o Ministro **JORGE MUSSI, DJe 13/10/2011)**

C - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. PACIENTE OUVIDO NA FASE JUDICIAL COM ASSISTÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO **WRIT**. ORDEM DENEGADA.

1. Não se verifica a arguida nulidade do procedimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrativo disciplinar destinado a apurar falta grave, porquanto o paciente foi ouvido, em juízo, com assistência de defesa técnica por parte da Defensoria Pública, assegurando, assim, os exercícios da ampla defesa e do contraditório.

2. A tese defensiva fundada na negativa de autoria requer análise pormenorizada do conjunto probatório, incompatível com a via estreita do *writ*.

3. Ordem denegada. (HC nº 114.735/RS, Relator o Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU** (Desembargador convocado do TJRJ), DJe de 19/9/2011)

E do Supremo Tribunal Federal:

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 MELLIUS**. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 melius, 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. (RHC nº 109.847, Relator o Ministro **DIAS TOFFOLI**, DJe-231 de 5/12/2011)*

Por outra vertente, cabe destacar que o aludido Processo Administrativo para apuração de falta disciplinar é prescindível, devendo o Juiz das execuções assegurar ao apenado a oitiva na fase judicial, assistido por defesa técnica, antes da homologação da falta cometida. Dessa forma, se a realização do PAD pode ser até dispensada, não há que falar na existência de nulidade ocorrida nesta fase preliminar de apuração, se, na fase judicial do processo relativo à verificação da ocorrência de falta grave, é assegurado o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

No que diz respeito a inexistência de obrigatoriedade na realização do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, vejamos os seguintes precedentes:

A - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE CONSISTENTE NA FUGA DO APENADO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA. AMPLA DEFESA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS.

1. Não comporta conhecimento a impetração no que diz respeito à arguida impossibilidade de alteração da data-base para a concessão de benefícios atinentes à execução penal, por constituir mera reiteração do pedido formulado no HC n.º 157.778/RS.

2. Conforme reiterada manifestação desta Corte, a Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo disciplinar, sendo suficiente a realização de audiência de justificação, com a garantia ao apenado do exercício do contraditório e da ampla defesa, o que foi observado na hipótese. Precedentes.

3. Insubsistente a alegação de nulidade por ausência de notificação prévia do condenado, já que devidamente cumprido o mandado de intimação do Paciente para a audiência de justificação.

4. **Habeas corpus** parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 165.337/RS, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 4/5/2011)

B - EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DO PAD. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO MESMO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS AO APENADO. NULIDADE INEXISTENTE. EFEITOS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA FALTA. INTERRUPTÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES DA TURMA. DETRAÇÃO. ANTERIOR PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO DISTINTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei de Execução Penal somente exige, quando do reconhecimento da falta, a oitiva prévia do paciente, não reclamando sequer a instauração de procedimento administrativo disciplinar.

2. Assim, restando evidenciado dos autos e expressamente consignado no aresto objeto da presente impetração que "o apenado foi interrogado judicialmente, na forma do que determina o art. 118 da Lei de Execuções Penais, com apresentação de defesa técnica pela Defensoria Pública do Estado, tendo-lhe sido proporcionada a ampla defesa e o contraditório" (fl. 93, e-STJ), e sendo certo que prescindível, segundo a lei vigente, a instauração de procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento de falta grave imputada ao apenado, não há falar, in casu, em qualquer ilegalidade no fato de ter sido a falta reconhecida sem a homologação de procedimento administrativo disciplinar.

(...)

5. Ordem parcialmente concedida para, tão-somente, afastar dos efeitos reconhecidos pelo Juízo da Execução, em razão do cometimento de falta grave pelo paciente, a interrupção da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*contagem do prazo para eventual concessão de novos benefícios executórios. (HC nº 160.850/RS, Relator o Ministro **VASCO DELLA GIUSTINA** (Desembargador convocado do TJRS), DJe de 15/6/2011)*

Dessa forma, por não reconhecer a existência da alegada nulidade no processo administrativo disciplinar, denego essa parte do pedido.

Em relação a afirmação de que a falta grave não gera a interrupção do lapso para aquisição de novos benefícios da execução, tenho que a ordem deve ser parcialmente concedida.

No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.176.486, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência entre os entendimentos das duas Turmas, considerando que a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime prisional, contudo, sem alterar o lapso para concessão do livramento condicional (Súmula nº 441) ou interferir no prazo para obtenção de indulto e comutação, pois seus requisitos são expressamente previstos no próprio decreto presidencial.

O julgado ficou resumido com a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

1. 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 integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.

3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual o disposto no artigo 127 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento (DJU 12.05.2006).

5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional. (EResp nº 1.176.486/SP, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 1/06/2012)

Assim, acompanhando a compreensão firmada na Terceira Seção desta Corte, entendo que a falta disciplinar de natureza grave determina o reinício da contagem de tempo para progressão de regime prisional, sem interferir, contudo, 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.

Por fim, verifico a existência de ilegalidade flagrante que autoriza a concessão de ordem de **habeas corpus**, de ofício, no que diz respeito a possibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 12.403/2011.

O art. 66, I, da Lei nº 7.210/1984, estabelece ser do Juiz das execuções a competência para apreciar o pedido de retroatividade da lei penal mais benéfica.

Esse entendimento também encontra respaldo na pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cristalizado no enunciado nº 611 da Súmula do Pretório Excelso:

Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

Na hipótese presente, o pedido de aplicação retroativa da Lei nº 12.433/2011 não foi submetido ou apreciado pelo Juízo das execuções ou pelo Tribunal **a quo**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância que impede a análise da questão, nesse momento, pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Além disso, o **habeas corpus** presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade de locomoção, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva.

Na hipótese presente, a análise do tema com a fixação desde logo do patamar de perda dos dias remidos, além de incorrer em dupla supressão de instância, implica em ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária, o que deve ser evitado para não se restringir o direito constitucional do apenado ao duplo grau de jurisdição.

Por outra vertente, temos o art. 5º, XL, da Constituição Federal e o parágrafo único do art. 2º do Código Penal que asseguram o direito à aplicação retroativa de nova lei penal mais benéfica, **in verbis**:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Art. 2º - (...)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, buscando evitar a indesejável supressão de instância, bem como conciliar os direitos constitucionais do apenado ao duplo grau de jurisdição e a aplicação retroativa da nova lei penal mais benéfica, penso que a melhor solução para o caso é a concessão de **habeas corpus** de ofício para determinar a remessa dos autos ao Juiz das execuções para que ele, aplicando a **novatio legis in melius**, se manifeste sobre a fração de perda dos dias remidos a ser aplicada.

Nesse sentido são os precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte Superior:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. 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. LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDULTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.433/2011. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. **HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.**

(...)

5. 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 consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execuções Penais.

6. 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. Precedentes.

7. Habeas corpus parcialmente concedido para: i) restringir a interrupção do prazo tão somente para fins de progressão de regime, considerando como data-base para a contagem do novo período aquisitivo o dia do cometimento da última falta grave; e ii) determinar o retorno dos autos ao Juízo das Execuções Penais, a fim de que se complemente o julgamento, na parte referente à perda total dos dias remidos, aferindo novo patamar da penalidade, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais. (HC 237.691/RS, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 28/5/2012)

B - PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. (1) INTERRUÇÃO DE LAPSO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 441/STJ. (2) PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE. (3) FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. SUPRESSÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. LEI 12.433/11. REVOGAÇÃO DE ATÉ 1/3 DOS DIAS REMIDOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(4) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

- 1. Tem prevalecido nesta Sexta Turma o entendimento de que a prática de falta grave não tem o condão de interromper o lapso para concessão de benefícios da execução.*
- 2. Pacífico é o entendimento desta Corte no sentido de que se mostra desnecessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para caracterização de falta grave e aplicação de suas consequências.*
- 3. No que se refere à sustentada ofensa ao artigo 127 da LEP, não há mais se falar em perda total dos dias remidos, haja vista a entrada em vigor da Lei 12.433/11, que alterou a redação do artigo 127 da Lei de Execução Penal.*
- 4. Ordem parcialmente concedida, haja vista ter restado configurada a ocorrência de falta grave, a qual enseja a regressão, bem como a perda dos dias remidos, devendo ser mantida, contudo, a data-base para fins de concessão de benefícios da execução. **Diante da entrada em vigor de novatio legis in mellius (Lei 12.433/11), determino que o Juízo das execuções analise a situação do Paciente com base na nova redação do artigo 127 da Lei de Execuções Penais. (HC nº 184.289/RS, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 26/3/2012)***

Diante do exposto, concedo em parte o **habeas corpus** para que a interrupção do prazo, em razão do cometimento de falta grave, ocorra apenas para fins de progressão de regime e, de ofício, para limitar a perda dos dias remidos em 1/3 e determinar que o Juiz da Vara de Execuções, aplicando a nova redação dada pela Lei nº 12.433/2011 ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, manifeste-se sobre a fração de perda dos dias remidos aplicável ao caso concreto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0146334-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 181.712 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1281504320108217000 20500022415

55875215

70035404359

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : FAGNER SOARES BUENO

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, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.