

Habeas Corpus (criminal) n. 4001827-42.2017.8.24.0000, Itajaí
Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE MANIFESTA. COGNOSCIBILIDADE PELA VIA ELEITA. ATRIBUIÇÃO DE FALTA GRAVE SEM O DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INVIABILIDADE. INOBSERVÂNCIA AO COMANDO CONTIDO NO ENUNCIADO 533 DAS SÚMULAS DO STJ. ATRIBUIÇÃO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA ANTERIORMENTE À PROLAÇÃO DA REFERIDA SÚMULA. RECENTES JULGADOS DAS DUAS TURMAS DO TRIBUNAL DA CIDADANIA NO SENTIDO DA APLICAÇÃO DA MENCIONADA SÚMULA, MESMO EM SITUAÇÕES OCORRIDAS ANTES DE SUA PUBLICAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS DECISÕES OBJURGADAS. DEVOLUÇÃO DOS DIAS REMIDOS DECLARADOS PERDIDOS. MEDIDA IMPOSITIVA.

O Superior Tribunal de Justiça, apreciando recurso representativo da controvérsia - REsp. 1.378.557/RS -, pacificou o entendimento no sentido da imprescindibilidade da instauração, pelo Diretor do estabelecimento prisional, de Procedimento Administrativo Disciplinar - PAD para a apuração e reconhecimento da falta grave. Inteligência da Súmula n. 533/STJ. (HC 354.529/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016).

ARGUIÇÃO DO REPRESENTANTE MINISTERIAL DE SEGUNDO GRAU. DISPENSABILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO EM FALTA GRAVE COMETIDA FORA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. IMPRESCINDIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR, AINDA QUE A INFRAÇÃO TENHA SIDO COMETIDA EXTRAMUROS.

"Ainda que inserido em regime aberto, na modalidade prisão domiciliar, encontra-se o apenado abrangido pela orientação firmada no julgamento do repetitivo" (STJ, Súmula n. 533). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0005155-51.2016.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 10-01-2017).

PRESCRIÇÃO. TEMA PACIFICADO NO STJ. PRAZO DE TRÊS ANOS. CASO CONCRETO. OCORRÊNCIA.

FALTA GRAVE COMETIDA EM DEZEMBRO DE 2013 E CAPTURA DO APENADO EM JANEIRO DE 2014. MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. DATA DA RECAPTURA DO FORAGIDO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser de 3 (três) anos o prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar decorrente do cometimento de falta grave, após a edição da Lei n. 12.234/2010, utilizando-se, para tanto, do art. 109, VI, do Código Penal, diante da falta de norma específica quanto à prescrição em sede de execução. (HC 364.261/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus (criminal)* n. 4001827-42.2017.8.24.0000, da comarca Itajaí (Vara de Execuções Penais), em que é Impetrante a Defensoria Pública e Paciente Marlon Luciano Cabral:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conceder a ordem para o fim de declarar a nulidade da decisão objurgada ante a inexistência de processo administrativo disciplinar, com a consequente devolução dos dias remidos declarados perdidos em primeiro grau, bem como o reconhecimento da prescrição. Sem custas.

O julgamento, realizado no dia 2 de fevereiro de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins e dele participaram o Des. Roberto Lucas Pacheco e o Des. Rodrigo Collaço.

Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes. Compareceu à sessão como representante do Ministério Público o Exmo. Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2017.

Desembargador Jorge Schaefer Martins
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Caroline Kohler Teixeira, Defensora Pública, impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Marlon Luciano Cabral, por meio do qual alegou constrangimento ilegal em razão de decisão proferida na Ação de Execução Penal n. 0011117-89.2013.8.24.0033.

De acordo com a impetrante, a Excelentíssima Autoridade Judiciária de primeiro grau reconheceu cometimento de falta grave, cometida em 17 de dezembro de 2013, motivo pelo qual aplicou sanções de regressão de regime e perda de dias remidos, tudo sem realização de processo administrativo disciplinar.

Sustentou que tal decisão é nula, conforme entendimento da Súmula 533 do STJ, a qual sedimentou posicionamento pela indispensabilidade de procedimento administrativo disciplinar para reconhecimento de falta grave.

Por fim, arguiu a ocorrência de prescrição, pois entre o cometimento da falta grave e a sua homologação ocorreu lapso superior a 3 (três) anos.

Requeru, liminarmente, a decretação de nulidade da decisão atacada e, ainda, a devolução dos dias remidos declarados perdidos (fls. 1-8).

Indeferida a liminar em decisão unipessoal deste Relator (fls. 298-302), a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração ou, caso conhecida, pela denegação da ordem postulada (fls. 305-309).

VOTO

A ordem deve ser concedida.

Na hipótese, pretende a impetrante, em síntese, a declaração de nulidade de decisão judicial proferida em processo de execução criminal.

Compulsando os autos originários, verifica-se que o paciente está segregado desde julho de 2011, em razão de cometimento de tráfico de drogas, associação para o tráfico e falsa identidade, sendo a pena total de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão.

A decisão atacada foi proferida em audiência, no dia 29 de abril de 2014. Na oportunidade, o paciente estava acompanhado de defensor público (Dr. Renê B. Johann Júnior) e foi ouvido em juízo, ocasião em que confessou ter praticado dois assaltos no final do ano de 2013 quando gozava de saída temporária em razão das festas de natal e ano novo. Em razão disso, foi reconhecida falta grave, prevista no artigo 50, II, da Lei n. 7.210/1984. Ato contínuo, foi determinada regressão de regime e perda de dias remidos (fls. 144-145 dos autos originários).

Contra dita decisão, não há notícia de recurso.

Dito isso, é certo que, de acordo com a Súmula n. 533 do Superior Tribunal de Justiça, "para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado".

Tal preceito foi aprovado pela 3ª Seção de mencionada Corte Superior, em 10 de junho de 2015, oportunidade em que foram utilizados como fundamento precedentes de outubro de 2013 em diante (http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=533&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&sig

lajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=SUMU).

Portanto, no período em que foi proferida, a decisão do Magistrado singular já havia precedentes do STJ no sentido da indispensabilidade de processo administrativo disciplinar para a apuração de falta grave.

Nesse contexto, a possibilidade de retroação de posicionamento consolidados por meio de súmulas dos Tribunais Superiores está longe de ser consenso na jurisprudência. Por exemplo, muito se discute na Seção Criminal desta Corte acerca da possibilidade ou não de retroação do entendimento das Súmulas 443 e 444, ambas do Superior Tribunal de Justiça. Conquanto este Relator venha se posicionando pela viabilidade dessa retroação, como mencionado, essa postura não tem sido unânime nas Câmaras Criminais deste Tribunal.

Deve-se somar à essa peculiaridade um dado sumamente importante: o insurgimento por intermédio da presente ordem mandamental opõe-se a provimento jurisdicional prolatado, tal qual frisado, há anos, sem notícias de que tenham sido desafiados, na época, por algum recurso.

Por outro lado, em que pese todas essas peculiaridades, em recentes decisões, o Tribunal da Cidadania vem reconhecendo, no âmbito de suas duas Turmas com competência para matéria criminal, a necessidade de aplicação do enunciado sumular n. 533 mesmo em situações ocorridas antes de sua publicação. Seguem os julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. SÚMULA 533/STJ.

1. "O reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave, em caso de fuga do estabelecimento prisional ou de não retorno de saída temporária, somente é possível com a devida instauração de procedimento administrativo disciplinar pelo diretor do presídio, conforme entendimento desta Corte (REsp n. 1.378.557/RS, submetido ao rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, DJe 21/3/2014 e Súmula n. 533 do STJ)" (HC 349.671/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgInt no AgRg no AREsp 958.602/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE. RESP N. 1.378.557/RS REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 533 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. MARCO INICIAL. RECAPTURA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, apreciando recurso representativo da controvérsia - REsp. 1.378.557/RS -, pacificou o entendimento no sentido da imprescindibilidade da instauração, pelo Diretor do estabelecimento prisional, de Procedimento Administrativo Disciplinar - PAD para a apuração e reconhecimento da falta grave. Inteligência da Súmula n. 533/STJ.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece a aplicação, por analogia, do prazo prescricional do art. 109, inciso VI, do Código Penal às faltas graves praticadas no curso da execução penal. Após a publicação da Lei n. 12.234, de 5.5.10, verificada a falta grave, o prazo para sua apuração em Processo Administrativo Disciplinar - PAD e homologação em Juízo é de 3 anos, a contar do cometimento da referida falta. Precedentes. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, "O marco inicial da prescrição para apuração da falta grave, no caso de fuga, é o dia da recaptura do foragido, uma vez que se trata de infração permanente" (HC 289.778/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 05/06/2014). Não tendo transcorrido 3 anos desde a recaptura do paciente, não há que se falar em prescrição da pretensão disciplinar, permitindo a instauração de PAD para a apuração da falta atribuída ao paciente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar o reconhecimento da falta grave e de todos os efeitos conferidos pela decisão de fls. 179/180, sem prejuízo de que esta volte a ser reconhecida após a prévia instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, respeitando-se o prazo prescricional.

(HC 354.529/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016).

Cumprido ressaltar que, no corpo dos acórdãos é possível verificar que tanto o AgInt no AgRg no AREsp 958.602/RS quanto o HC 354.529/RS trataram de faltas graves cometidas no ano de 2014 (fuga do estabelecimento pri-

sional), logo, situações ocorridas anteriormente à publicação da súmula n. 533 do STJ, que aconteceu em 2015, como dito acima.

Portanto, mesmo sem fundamentar especificamente a respeito da viabilidade de aplicação retroativa de preceito sumular persuasivo - de observância não obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário -, o fato é que, objetivamente, o Superior Tribunal de Justiça vem declarando a nulidade de decisões em sede de execução penal nas quais houve o reconhecimento de falta grave sem a realização de processo administrativo disciplinar, independente da época da ocorrência da violação pelo reeducando.

Além disso, recentemente o Supremo Tribunal Federal se pronunciou a respeito da insuficiência da audiência de justificação para o reconhecimento de falta grave, sendo imprescindível a realização de processo administrativo disciplinar. Segue o precedente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APENAS EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (LEP, ART. 59), EM QUE SE ASSURE O DIREITO A AMPLA DEFESA – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 969367 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016).

Nesse mesmo norte, diante da alegação do representante do Ministério Público de segundo grau acerca da desnecessidade de instauração de processo administrativo quando a falta grave é cometida fora da unidade prisional (caso dos autos), em recente julgado, esta Corte decidiu justamente o contrário, isto é, mesmo que a falta grave tenha sido cometida extramuros, o processo administrativo é imprescindível:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES IMPOSTAS AO APENADO NO REGIME ABERTO - DECISÃO QUE DETERMINA A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE REGRESSÃO E DESIGNA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO SEM PRÉVIA REALIZAÇÃO DO PAD - RECURSO DA DEFESA - NULIDADE ABSOLUTA - VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA - **IMPRESINDIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, AINDA QUE A SUPOSTA INFRAÇÃO TENHA SIDO COMETIDA EXTRAMUROS - PRECEDENTE DO STJ EM RE-**

CURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 533 DO STJ - DECISÃO CASSADA. "Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado" (STJ, Min. Marco Aurélio Bellizze). **"Ainda que inserido em regime aberto, na modalidade prisão domiciliar, encontra-se o apenado abrangido pela orientação firmada no julgamento do repetitivo" (STJ, Súmula n. 533).** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0005155-51.2016.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 10-01-2017) (Sem grifo no original).

Por fim, a respeito da prescrição, recentemente pacificou o STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROMPIMENTO DE TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. PRAZO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, VI, DO CP. INTERRUÇÃO DE PRAZO PARA LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS/STJ 441, 534 E 535. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO 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.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser de 3 (três) anos o prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar decorrente do cometimento de falta grave, após a edição da Lei n. 12.234/2010, utilizando-se, para tanto, do art. 109, VI, do Código Penal, diante da falta de norma específica quanto à prescrição em sede de execução.

3. In casu, tendo sido a infração cometida em 18/11/2014 e homologada em 9/3/2015, verifica-se a inexistência do transcurso do lapso da prescrição.

4. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que o rompimento da tornozeleira eletrônica configura falta disciplinar de natureza grave, nos termos do art. 50, VI, e 146-C, da Lei de Execução Penal. Precedentes.

5. A prática de falta grave pelo sentenciado, no curso da execução da pena, altera a data-base para a concessão de novos benefícios, exceto para fins de livramento condicional, indulto e comutação da pena. Entendimento consolidado nas Súmulas 441, 535 e 534 desta Corte e no recurso repetitivo, REsp 1.364.192/RS.

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. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal em relação ao indulto e à comutação de pena.

(HC 364.261/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017).

No caso, a falta grave ocorreu em dezembro de 2013 e a prisão do reeducando se deu em 3 de janeiro de 2014, conforme constou na ata da audiência de fl. 143 dos autos originários.

Como o marco inicial do lapso prescricional é a captura do preso, conforme entendimento do STJ, verifica-se a ocorrência da prescrição para a realização do procedimento administrativo disciplinar no caso concreto.

Segue o precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. BENEFICIADO COM SAÍDA TEMPORÁRIA QUE NÃO RETORNOU NO PRAZO ESTIPULADO. RECAPTURA APÓS DOIS ANOS. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Não apreciada a matéria pela Corte estadual, fica inviável a análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. **O marco inicial da prescrição para apuração da falta grave, no caso de fuga, é o dia da recaptura do foragido, uma vez que se trata de infração permanente.** Esta Corte Superior de Justiça tem entendido 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 3 anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5/5/2010, ou de 2 anos se a falta tiver ocorrido antes dessa data. No caso, não ocorreu lapso prescricional entre a data do cometimento da falta grave e a decisão que reconheceu a falta disciplinar.

4. Writ não conhecido.

(HC 289.778/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 05/06/2014).

Em face do exposto, concede-se a ordem, para o fim de declarar a nulidade da decisão objurgada ante a inexistência de processo administrativo disciplinar com a consequente devolução dos dias remidos declarados perdidos

em primeiro grau, bem como para reconhecer o instituto da prescrição.