



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000326023

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000605-61.2025.8.26.0521, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante DANIEL WILLIAM RIBEIRO DE LIMA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolhida uma das preliminares suscitadas, deram parcial provimento ao Agravo de Execução Penal interposto pela defesa, para cassar a decisão que regrediu definitivamente de regime o sentenciado, mantida a regressão cautelar decretada nos autos principais, devendo o Juízo de Origem proceder, tão logo quanto possível, à oitiva judicial do preso para a prolação de nova decisão sobre a matéria. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Agravo de Execução Penal n. 0000605-61.2025.8.26.0521

Agravante: Daniel Willian Ribeiro de Lima

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal de Sorocaba – DEECRIM 10ª RAJ

MM. Juiz de Direito: Emerson Tadeu Pires de Camargo

Voto n. 12.835

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRELIMINARES. (1) NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, EIS QUE TRANSCORRIDO O PRAZO LEGAL PREVISTO NO ART. 62, DA RESOLUÇÃO SAP N. 144/10. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO TRIENAL. (2) NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA AUDIÊNCIA. INCABÍVEL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (3) NULIDADE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA, POR AUSÊNCIA DE OITIVA JUDICIAL DE SENTENCIADO REGREDIDO DEFINITIVAMENTE DE REGIME. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO, POR FORÇA DO ART. 118, §2º, DA LEP. OITIVA QUE, MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, PODE OCORRER POR VIDEOCONFERÊNCIA, OBSERVADA A AMPLA DEFESA. ANÁLISE DO MÉRITO PREJUDICADA, ANTE O ACOLHIMENTO DE UMA DAS PRELIMINARES SUSCITADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminar. O lapso temporal para a prescrição da pretensão punitiva estatal, quanto às infrações disciplinares de natureza grave, cometidas pelo sentenciado no curso da execução penal, deve ser de três anos, aplicando-se, por analogia, o prazo previsto no art. 109, VI, do Código Penal. Jurisprudência do STF (HC 179.195-AgR/RJ - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Segunda Turma - j. em 03/03/2020) e do STJ (AgRg no HC 654.281/SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - j. em 15/06/2021; AgRg no HC 650.316/SC - Rel. Min. Felix Fischer - Quinta Turma - j. em 18/05/2021; RHC 58.726/MT - Rel. Min. Ribeiro Dantas - Quinta Turma - j. em 20/04/2021; AgRg no HC 618.536/SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro - Sexta Turma - j. em 09/02/2021). Entendimento que conta com sólido respaldo doutrinário (Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto), a despeito de respeitáveis vozes em sentido contrário (Guilherme de Souza Nucci; Alexis Couto de Brito; Rodrigo Duque Estrada Roig; e Alamiro Velludo Salvador Netto).

2. Preliminar. A despeito das alegações defensivas, não é caso de declaração de nulidade do procedimento administrativo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

disciplinar. A questão suscitada (ausência de intimação da defesa para participar das oitivas do agente penitenciário e do sentenciado) restou superada em virtude do instituto da preclusão e da inexistência de prejuízo concretamente comprovado. Precedentes do STJ (HC 385.114/SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Decisão monocrática - j. em 30/03/2020; HC 382.986/SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Decisão monocrática - j. em 03/03/2020).

3. Preliminar. Sentenciado que, no curso do cumprimento da pena, teve reconhecida a prática de falta grave, apurada em procedimento disciplinar, infração homologada pelo Juiz de Direito responsável pela execução penal do réu, sem a sua oitiva em sede judicial, com a decretação da regressão definitiva de regime. A decisão que regride definitivamente de regime prisional exige a oitiva judicial do sentenciado, contrariamente ao que entendeu o Juízo a quo.

4. No que se refere à oitiva do sentenciado no contexto de apuração de uma falta grave supostamente cometida por ele no curso da execução penal, a jurisprudência das Cortes Superiores fixou alguns entendimentos que convém serem observados:

4.1. A oitiva do sentenciado no procedimento disciplinar para apuração de falta grave, quando acompanhado de defesa técnica, dispensa, como regra geral, uma nova oitiva em Juízo. Precedentes do STF (HC 204.542/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Decisão monocrática - j. em 22/07/2021; HC 182.325-AgR/SC - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. em 22/05/2020; HC 150.745/RO - Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma - j. em 22/02/2019; HC 176.077-AgR/SP - Rel. Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma - j. em 06/12/2019) e do STJ (AgRg no HC 654.281/SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma - j. em 15/06/2021; AgRg no HC 662.139/SP - Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região) - Sexta Turma - j. em 15/06/2021; AgRg no HC 618.536/SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro - Sexta Turma - j. em 09/02/2021; AgRg no HC 610.073/SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma - j. em 15/12/2020; AgRg no HC 591.515/SC - Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma - j. em 1º/09/2020; AgRg no REsp 1.869.067/MS - Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma - j. em 18/08/2020). Doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar.

4.2. Entretanto, se o reconhecimento da falta grave implicar a regressão definitiva de regime prisional, em qualquer caso, será necessária a oitiva judicial do sentenciado, por força do art. 118, §2º, da LEP. Precedentes do STJ (HC 910.062/SC - Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma - j. em 10/12/2024 - DJe de 17/12/2024; AgRg no AREsp 2.480.566/SP - Rel. Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) - Sexta Turma - j. em 20/08/2024 - DJe de 23/08/2024; AgRg no REsp 1.928.971/SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma - j. em 03/08/2021; HC 662.136/RS - Rel. Min. Felix Fischer, Decisão monocrática - j. em 1º/07/2021). Doutrina de Renato Marcão.

4.3. A oitiva judicial sob o manto do contraditório pode suprir ausência ou eventual vício do procedimento administrativo para fins de reconhecimento da falta grave. Jurisprudência do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

STF, Tese firmada em relação ao Tema 941, do Repertório de Temas de Repercussão Geral do STF - Paradigma RE 972.598/RS - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Plenário - Sessão Virtual de 24 a 30 de abril de 2020. No mesmo sentido: HC 199.495-AgR/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Primeira Turma - j. em 24/05/2021; e precedentes do STJ (HC 648.297/RS - Rel. Min. Felix Fischer - Quinta Turma - j. em 18/05/2021; RHC 135.013/PR - Rel. Min. Nefi Cordeiro - Sexta Turma - j. em 02/02/2021; AgRg no REsp 1.856.867/PR - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma - j. em 22/09/2020).

4.4. A audiência de justificação perante o Juiz de Direito poderá, excepcionalmente, ser realizada por videoconferência, desde que exista decisão judicial fundamentada e seja assegurada ao sentenciado a sua ampla defesa (STF - RHC 193.483/SC - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 24/02/2021).

5. Análise do mérito recursal prejudicada, ante o acolhimento de uma das preliminares suscitadas.

6. Agravo de Execução Penal parcialmente provido, para cassar a decisão que regrediu definitivamente de regime o sentenciado, mantida a regressão cautelar decretada nos autos principais, devendo o Juízo de Origem proceder, tão logo quanto possível, à oitiva judicial do preso para a prolação de nova decisão sobre a matéria.

VOTO

Os presentes autos versam sobre Agravo de Execução Penal, em face de decisão que homologou o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave imputada ao agravante (descumprimento de ordem recebida, art. 50, VI, combinado com o art. 39, V, ambos da LEP), ocorrida no dia **17/06/2024**, no curso do cumprimento da pena, determinando a sua regressão para o regime prisional fechado, a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos e a interrupção do cálculo de penas para fins de progressão de regime, devendo os lapsos ser contados a partir do cometimento da infração, observado o disposto na Súmula n. 441, do STJ (fls. 356).

Inconformada, a defesa interpõe o presente recurso sustentando, preliminarmente, a nulidade do procedimento administrativo disciplinar, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, eis que transcorrido o prazo legal para a apuração dos fatos, nos termos do art. 62, da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Resolução SAP n. 144/10. Alega, ainda, a nulidade do procedimento administrativo disciplinar em razão da ausência de intimação do defensor constituído para as oitivas da testemunha e do sentenciado. Aduz, ainda, a nulidade da decisão homologatória da falta grave, haja vista a ausência de oitiva judicial do sentenciado, regredido definitivamente para o regime fechado. No mérito, pleiteia a absolvição, por atipicidade da conduta e por insuficiência probatória (fls. 05/25).

Em contrarrazões, o **Ministério Público do Estado de São Paulo** requer o improvimento do recurso interposto (fls. 370/380).

Mantida a decisão recorrida (fls. 381), a **Procuradoria-Geral de Justiça** opina pelo desprovimento do Agravo de Execução Penal (fls. 391/395).

É o relatório.

Inicialmente, a **arguição de nulidade do procedimento administrativo disciplinar, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, eis que transcorrido o prazo legal para a apuração dos fatos, nos termos do art. 62, da Resolução SAP n. 144/10**, não deve prosperar.

Isso porque a inobservância do referido prazo não gera qualquer nulidade no âmbito administrativo, haja vista que, no caso de falta grave, o prazo de prescrição é aquele previsto no art. 109, VI, do Código Penal, a ser contado entre a data da prática da infração disciplinar e da decisão judicial que homologou o procedimento administrativo.

Nesse sentido, vem a calhar o seguinte julgado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. DESCABIMENTO DE IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FALTA GRAVE. FUGA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. **ALEGADA PRESCRIÇÃO DA FALTA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA.** INVIABILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA OU TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

[...]

7. Este Supremo Tribunal assentou que, “diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o Código Penal” (HC n. 92.000, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 30.11.2007).

Confira-se também o seguinte julgado:

“PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRESCRIÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I - As alegações constantes neste recurso ordinário em habeas corpus não foram objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça local, circunstância que impede o exame da matéria por esta Suprema Corte, sob pena de incorrer-se em indevida dupla supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. II - Impossibilidade do reconhecimento da prescrição da falta grave praticada em 6/12/2008, já que a decisão que reconheceu o cometimento da infração foi proferida em 22/12/2008. Utilização, por analogia, do prazo prescricional de 2 anos do Código Penal (art. 109, VI na redação anterior à edição da Lei 12.234/2010). Precedentes. III - Recurso a que se nega provimento” (RHC n. 136.311, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 21.2.2017).

8. Na espécie, o agravante foi condenado à pena de vinte e um anos e quatro meses de prisão, em regime inicial fechado, pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, cujo início do cumprimento da pena deu-se em 3.5.2007. Em 30.12.2016, fugiu do estabelecimento prisional, tendo sido recapturado em 30.3.2017. Em 27.3.2019, houve a regressão de regime.

Assim, considerado o prazo prescricional de três anos, nos termos do inc. VI do art. 109 do Código Penal, com alteração da Lei n. 12.234/2010, não se há cogitar de prescrição da falta disciplinar grave.

[...]

10. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

(STF - HC 179.195-AgR/RJ – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Segunda Turma - j. em 03/03/2020 – *ementa e trechos do Voto vencedor da Min. Relatora*).

Cita-se, ainda, a sólida jurisprudência do Superior Tribunal de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OITIVA JUDICIAL DO APENADO. PERÍCIA PARA COMPROVAÇÃO DO DANO. DESNECESSIDADE. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prescrição das faltas disciplinares, diante da lacuna legislativa, observa, por analogia, o menor dos prazos previstos no art. 109 do Código Penal, que é de 3 anos. Normas penitenciárias não têm o condão de regular a perda do direito disciplinar, pois compete privativamente à União legislar sobre o assunto.

2. A teor dos julgados desta Corte, não é imprescindível a perícia para averiguação do dano ao patrimônio público e a falta grave pode ser reconhecida com fundamento em outras provas produzidas durante a sindicância. Ademais, é desnecessária a oitiva do apenado na fase judicial para homologação da infração disciplinar, quando já foram assegurados o contraditório e a ampla defesa durante o procedimento administrativo.

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 654.281/SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma - j. em 15/06/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MARCOS INTERRUPTIVOS. PRAZO INFERIOR A 3 (TRÊS) ANOS. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

II - No caso concreto, como já decidido anteriormente, não restou configurada a prescrição da falta grave, mediante fundamentação concreta, adequada e específica, tendo em vista que fora praticada pelo ora agravante em 14/3/2018 (momento da prisão e cessação da atividade delitiva) e devidamente homologada, no v. acórdão do eg. Tribunal de origem, em 25/2/2021 (fls. 71-75). Portanto, os marcos interruptivos ocorreram em prazo inferior aos 3 (três) anos necessários para se efetivar a prescrição.

III - A jurisprudência deste eg. Corte Superior é firme no sentido de que: "As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram o entendimento de que, em razão da ausência de legislação específica, a prescrição da pretensão de se apurar falta disciplinar, cometida no curso da execução penal, deve ser regulada, por analogia, pelo prazo do art. 109 do Código Penal, com a incidência do menor lapso previsto, atualmente de três anos, conforme dispõe o inciso VI do aludido artigo" (HC n. 426.905/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJe de 8/3/2018).

[...]

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 650.316/SC - Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma - j. em 18/05/2021);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DE FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RE 972.598/RS. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 941/STF. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, VI, DO CÓDIGO PENAL. RECONSIDERAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 1.030, II, DO CPC. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE.

[...]

3. É 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, o art. 109, VI, do Código Penal, diante da falta de norma específica quanto à prescrição em sede de execução. Na hipótese, verifica-se que a falta grave teria sido, em tese, cometida em 20/9/2014 e anulada por esta Corte em decisão Colegiada publicada em 9/12/2015. Assim, é de rigor o reconhecimento da ocorrência da prescrição, pois ultrapassado o referido lapso de 3 (três) anos para o reconhecimento judicial da suposta falta.

4. Em juízo de retratação, recurso ordinário em *habeas corpus* improvido e ordem concedida de ofício para ver reconhecida a prescrição da falta grave."

(STJ - RHC 58.726/MT - Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma - j. em 20/04/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, VI, DO CP. OITIVA JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA NA APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. TESE DE NÃO CONFIGURAÇÃO DA FALTA GRAVE. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram o entendimento de que, em razão da ausência de legislação específica, a prescrição da pretensão de se apurar falta disciplinar, cometida no curso da execução penal, deve ser regulada, por analogia, pelo prazo do art. 109 do Código Penal, com a incidência do menor lapso previsto, atualmente de três anos, conforme dispõe o inciso VI do aludido artigo (HC 527.625/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019).

[...]

5. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 618.536/SP - Rel. Min. Nefi Cordeiro – Sexta Turma - j. em 09/02/2021).

Na doutrina, a questão não se mostra absolutamente pacífica, havendo quem discorde da aplicação de um prazo prescricional trienal em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

matéria de infrações disciplinares de natureza grave. Entre esses autores, estão **GUILHERME DE SOUZA NUCCI, ALEXIS COUTO DE BRITO, RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG e ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO**, conforme se observa nos excertos das obras a seguir transcritos:

"[...] O contorno da falta grave do condenado atinge diretamente a execução penal, cuidando-se, pois, de fato relevante, impossível de ser regulado por regimento de presídio. O caminho correto, partindo-se para a analogia, visto que a Lei de Execução Penal, é omissa a respeito, deve voltar-se à prescrição das faltas administrativas em geral. Tomando-se por base o disposto pela Lei 8.112/90, disciplinando o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, tem-se o prazo de 180 dias, quando a penalidade é advertência (a mais branda), nos termos do art. 142, III. O prazo começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido (art. 142, §1º). A abertura de sindicância ou processo disciplinar *interrompe* a prescrição até a decisão final ser proferida pela autoridade competente (art. 142, §2º). **Portanto, praticada a falta grave, admite-se o menor prazo possível, válido em nível nacional para os servidores federais, de seis meses para o início da apuração.** Assim ocorrendo, interrompe-se a prescrição até a decisão ser proferida. Após, retoma o prazo prescricional o seu curso para que se torne efetiva a punição. Mais adequada a analogia com lei federal do que com regime de estabelecimento penitenciário. A matéria, entretanto, deveria ser regulada pela Lei de Execução Penal. Na jurisprudência, adotando o critério da prescrição (menor prazo) do Código Penal para penas privativas de liberdade: STJ: [...]."
(GUILHERME DE SOUZA NUCCI - **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 248);

"[...] A Lei de Execução Penal não estipula prazo para a prescrição da pretensão punitiva (ou preclusão) da sanção administrativa que possa ser aplicada ao recluso. [...]
Nesses termos, o STF e o STJ já se pronunciaram e, como não há previsão expressa na LEP sobre o prazo, seu entendimento a respeito é de que, por analogia, o prazo para a homologação deverá ser o mínimo de 3 anos, o previsto no Código Penal, conforme o art. 109, VI (RHC 117140/MG). **Porém, em melhor reflexão, nota-se que o menor prazo previsto no Código Penal ainda é o previsto para a prescrição da pena de multa, de 2 anos quando aplicada isoladamente (art. 114, I), o qual entendemos ser o correto prazo para a prescrição da infração penal não homologada.** Neste sentido já decidiu algumas vezes o Tribunal de Justiça de São Paulo (*vide* TJSP; Agravo de Execução Penal 7000066-40.2018.8.26.0482). Caso esse prazo seja excedido, deverá provocar a prescrição da falta e, conseqüentemente, evitará a aplicação de qualquer sanção. Além disso, a falta anotada no prontuário do detento perderá seus efeitos, e qualquer prejuízo que possa ter decorrido da anotação

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

deverá ser ignorado e reparado. [...]"

(ALEXIS COUTO DE BRITO - **Execução Penal**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 270-271);

"[...] Segundo precedente do STJ, a prescrição não pode ser fundamentada em dispositivo constante de regulamento estadual, uma vez que não cabe a este disciplinar prescrição em matéria penal (STJ, HC 181712/RS, 5ª T., j. 14-8-2012). Esta posição não parece adequada, pois um dispositivo regulamentar mais favorável, ainda que emanado do Estado, não pode ser suplantado pela analogia. A analogia, neste caso, operaria *in malam partem*, considerando que há norma mais favorável aos condenados. Ademais, deve-se levar em conta que a omissão legislativa poderia ser suprida pelo princípio da especialidade, autorizando o emprego do regramento estadual. Seja como for, a prescrição das faltas médias e leves deve ser necessariamente prevista pela normatização estadual, inclusive por força do art. 49 da LEP.

O entendimento segundo o qual deve ser aplicada, por analogia, a regra da prescrição do Código Penal, com o menor lapso prescricional previsto, é, contudo, equivocado. **Se a ideia é utilizar o menor prazo previsto no código penal, deveria na verdade ser aplicado o prazo de 12 meses, uma vez que a nova redação do art. 83, III, b, do CP (dada pela Lei 13.964/2019) estabelece como requisito do livramento condicional o não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses.**

Ainda que assim não se entenda, o menor prazo prescricional possível para um crime não seria o de 3 anos do Código Penal, mas sim 2 anos (art. 30 da Lei n. 11.343/2006) previsto para os delitos tipificados no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 [...].

Reforçando a tese de que a prescrição das faltas se verifica em 12 meses, os decretos presidenciais de indulto historicamente estipulam, como requisito subjetivo, a inexistência de aplicação de sanção por falta grave nos últimos 12 meses de cumprimento da pena antes da publicação do decreto. Defende-se aqui, em nome dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que as infrações disciplinares são menos graves em relação às infrações penais e por esta razão devem possuir prazo prescricional igualmente inferior [...].

(RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG - **Execução Penal: Teoria Crítica**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, pp. 200-201);

"[...] A legislação de execução penal não prevê um específico prazo para a ocorrência da prescrição das faltas disciplinares. No tocante às faltas graves, consolidou-se, por analogia, o entendimento jurisprudencial de que o prazo prescricional será o prazo mínimo de prescrição estabelecido para as infrações penais. Isto é, atualmente, com fundamento no art. 109, VI, do CP, o menor lapso prescricional é de três anos, aplicáveis para aqueles delitos cuja pena máxima é inferior a um ano. Importa observar que até o advento da Lei 12.234/2010, esse tempo mínimo era de dois anos, regra mais benéfica que deverá ainda ser observada para as faltas graves porventura ocorridas anteriormente a essa alteração legislativa.

Em que pese seja essa a situação bastante pacificada nos tribunais brasileiros, há um equívoco nesse entendimento. A

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

alteração promovida pela Lei 12.234/2010, cuja finalidade era exatamente elevar os prazos e dificultar a ocorrência da prescrição, cuidou apenas das infrações penais a respeito das quais existe a cominação abstrata de pena privativa de liberdade. A lei modificadora, contudo, não tratou da hipótese de tipos penais incriminadores que preveem apenas a pena de multa em seu preceito secundário, a exemplo de algumas contravenções penais (Decreto-lei 3.688/1941). Para esses casos, aplica-se até hoje o art. 114, I, do CP. De acordo com ele, o prazo prescricional será de dois anos para aquelas hipóteses típicas em que a pena de multa for a única cominada. Em outras palavras, o prazo mínimo possível de prescrição para os injustos criminais no ordenamento brasileiro, na realidade, não é de três, mas de dois anos.

Roig levanta outra ponderação. O autor destaca a previsão específica da Lei de Drogas, qual seja, o art. 30 da Lei 11.343/2006. Nesse dispositivo está a determinação do prazo de dois anos para a infração penal contida no art. 28 daquela legislação, destacadamente o delito de posse de drogas para consumo próprio [...]. Todavia, e conforme já mencionado, os entendimentos jurisprudenciais caminham no sentido de observar o lapso temporal de três anos, valendo-se, destarte, da redação em vigor no art. 109, VI, do CP [...]."
(ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO - **Curso de Execução Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 189-190).

Apesar de haver entendimentos em sentido contrário, melhor acolher a diretriz consagrada no STF e no STJ, acima mencionada, entendendo-se mais adequada a eleição de parâmetros prescricionais afeitos a penas privativas de liberdade, como é o caso do art. 109, do Código Penal, em conformidade com as considerações já apresentadas. Também essa inteligência conta com sólido lastro doutrinário, conforme se verifica nas lições de **ROGÉRIO SANCHES CUNHA** e **RONALDO BATISTA PINTO**, abaixo reproduzidas:

"[...] Embora a Lei de Execução Penal discipline as formas de falta grave e suas consequências, não há menção a prazo limite para que, uma vez cometida a infração, a direção do estabelecimento prisional instaure o procedimento que pode culminar na imposição de sanções disciplinares. Diante da lacuna, convencionou-se que a falta grave deve se submeter ao prazo prescricional mínimo estabelecido no Código Penal para as infrações penais.

Note-se, no entanto, que esse prazo mínimo sofreu alteração em 2010. Com efeito, até a edição da Lei 12.234/10, o prazo prescricional mínimo era de dois anos (art. 109, VI, do CP). Com a lei, foi reajustado para três.

Temos, portanto, que a falta grave cometida até a entrada em vigor da Lei 12.234/10 fica submetida à prescrição de dois anos; as posteriores prescrevem em três anos:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...] (HC 426.905/RJ, j. 27/02/2018).

No mesmo sentido decidiu o STF: (Min. Gilmar Mendes, HC-114422).
ATENÇÃO – O Ministério Público do Estado de São Paulo aprovou enunciado, no âmbito do Centro de Apoio às Promotorias Criminais, órgão auxiliar da Procuradoria-Geral de Justiça, no seguinte sentido: "O prazo prescricional da falta grave é o menor previsto no artigo 109 do Código Penal, salvo se a falta consistir na prática de crime, hipótese em que o referido prazo terá a mesma duração estabelecida no Código Penal e/ou na Legislação Especial."

(Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos, 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2021, p. 2.004).

No caso concreto, entre a data da prática da falta grave **(17/06/2024)** e a data da decisão homologatória **(15/01/2025)** não transcorreu prazo superior a três anos, não havendo que se falar, portanto, em prescrição da pretensão punitiva estatal. Afasta-se, assim, essa preliminar.

A alegação de **nulidade do procedimento administrativo disciplinar, em virtude da ausência de prévia intimação da defesa para participar das oitivas do agente penitenciário e do sentenciado**, também não deve prosperar.

Isso porque, para vingar a arguição de tal nulidade haveria a necessidade de, pelo menos, dois requisitos: a alegação tempestiva da defesa técnica (isto é, na primeira oportunidade, com eventual interposição de recurso ou impugnação judicial, em caso de indeferimento da pretensão) e a comprovação do prejuízo (por exemplo, pela sobrevivência de algum elemento informativo apto a modificar ou desconstituir os informes apurados nos autos).

No caso concreto, entretanto, não houve nem uma coisa nem outra. Não consta nenhuma irresignação da defesa por ocasião das alegações finais apresentadas extrajudicialmente (fls. 289/296, do PEC n. 0001246-73.2021.8.26.0041). Assim, apenas alegações genéricas, despidas de qualquer substrato concreto, não bastam para demonstrar a configuração de eventual prejuízo.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já refutou, por diversas vezes, alegações de nulidade pautadas em razões análogas às invocadas pelo ora recorrente. Nesse sentido:

"[...] No presente, writ, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega a existência de várias nulidades, a saber: a) cerceamento de defesa, uma vez que o "sentenciado foi ouvido no mesmo dia de sua citação" (e-STJ fl. 6); b) "nulidade no procedimento administrativo, consubstanciada na ausência imotivada do sentenciado à inquirição das testemunhas" (e-STJ fl. 8); c) "violação da ampla defesa e do contraditório pela aplicação da inconstitucional inversão procedimental prevista no maculado artigo 69 do RIP" (e-STJ fl. 10); d) ausência de representação da vítima em relação à prática de lesões corporais; e) desrespeito ao direito de audiência, uma vez que o Juízo das Execuções teria delegado à autoridade administrativa a oitiva prévia do condenado; f) falta de comprovação da infração disciplinar e de individualização da conduta de cada detento; g) ausência de fundamentação em relação à revogação dos dias remidos.

Por isso, requer, inclusive liminarmente, o afastamento da falta grave e de todos os seus efeitos legais.

É, em síntese, o relatório.

Inicialmente, cumpre-me asseverar que não há como reconhecer das apontadas nulidades do procedimento administrativo, isso porque tais nulidades foram afastadas pelo Tribunal de origem à base da seguinte fundamentação (e-STJ fls. 224/225):

[...]

Dessa forma, conforme destacado pelo Tribunal a quo, todo o procedimento administrativo contou com a presença da defesa técnica, de forma que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram respeitados. Ademais, pelo que consta, não houve demonstração de nenhum prejuízo para a defesa, devendo, portanto, incidir na espécie o postulado pas de nullité sans grief.

A propósito:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. OITIVA DO APENADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DO ACUSADO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SANÇÃO COLETIVA. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NÃO VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 437.873/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 30/5/2018, grifei).

Verifico, ainda, que não há que falar em nulidade da decisão do Juízo da execução por ausência de oitiva judicial do apenado, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, "é desnecessária nova oitiva em juízo antes da homologação da falta grave se a ele foi

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

oportunizado manifestar-se no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apuração da infração disciplinar, devidamente acompanhado de defesa técnica" (HC n. 321.366/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 3/8/2015) – o que, no caso dos autos, segundo se verifica do trecho do acórdão acima colacionado, foi atendido.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

[...]

Quanto à falta propriamente dita, o Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau que reconheceu o seu cometimento, consignando, para tanto, que (e-STJ fls. 225/228):

[...]

Nessas circunstâncias, não vislumbro a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, visto que, na forma como descrita, a conduta praticada pelo ora paciente configura falta de natureza grave.

[...]

Ante o exposto, **denego a ordem.** [...]"

(STJ - HC 385.114/SP - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - Decisão monocrática - j. em 30/03/2020);

"[...] Inicialmente, cumpre-me asseverar que não há como reconhecer a nulidade do procedimento administrativo em razão a) de não ter havido citação pessoal do sentenciado; b) de não ter sido respeitado o prazo mínimo de 2 (dois) dias entre a citação e o interrogatório; e c) da ausência do sentenciado quando da oitiva das testemunhas, isso porque tais nulidades foram afastadas pelo Tribunal de origem à base da seguinte fundamentação (e-STJ fls. 167/168):

Da nulidade por não ter havido citação pessoal

Verifica-se que foi dada ordem para notificação do sentenciado, contudo, ele foi ouvido, instante em que se manifestou com a presença de advogado, inexistindo qualquer prova de prejuízo.

Portanto, rejeito a preliminar.

Da nulidade pela não oportunidade de apresentação de defesa prévia

O artigo 67 do RIP exige que o sentenciado seja citado e seja dado à defesa o prazo de 02 dias para produzir provas.

Verifica-se que não houve possibilidade de apresentação de defesa antes da oitiva, contudo, ao final da instrução a defesa se manifestou e nada ressaltou acerca desta nulidade, tratando apenas do mérito, o que demonstra que foi possível exercer a ampla defesa de forma adequada. Portanto, rejeito a referida preliminar.

Da nulidade pela ausência do sentenciado quando da oitiva das testemunhas

De fato quando da oitiva da vítima o sentenciado não estava presente, contudo, tal não macula o procedimento, até porque tal oitiva foi acompanhada por seu defensor que poderia questionar a testemunha e não o fez.

Ademais, quando das alegações finais a defesa nada arguiu acerca desta nulidade, não tendo sido comprovado qualquer prejuízo decorrente deste fato. Portanto, rejeito a preliminar.

Dessa forma, conforme destacado pelo Tribunal a quo, todo o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

procedimento administrativo contou com a presença da defesa técnica e não houve a demonstração de prejuízo para a defesa, incidindo na espécie o postulado *pas de nullité sans grief*.

A propósito:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. OITIVA DO APENADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DO ACUSADO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SANÇÃO COLETIVA. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NÃO VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. *Agravo regimental não provido* (AgRg no HC 437.873/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 30/5/2018, grifei).

Verifico, ainda, que não há que falar em nulidade da decisão do Juízo da execução por ausência de oitiva judicial do apenado, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, "*é desnecessária nova oitiva em juízo antes da homologação da falta grave se a ele foi oportunizado manifestar-se no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apuração da infração disciplinar, devidamente acompanhado de defesa técnica*" (HC n. 321.366/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 3/8/2015) – o que, no caso dos autos, segundo consta no acórdão impugnado, foi atendido, a saber (e-STJ fls. 129/130):

[...]

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

[...]

Nessas circunstâncias, não vislumbro a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, visto que, na forma como descrita pelas instâncias ordinárias, a conduta praticada pelo ora paciente configura falta de natureza grave.

[...]

Ante o exposto, **denego a ordem**. [...]"

(STJ - HC 382.986/SP - **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** - Decisão monocrática - j. em 03/03/2020).

Ressalto, ademais, que o advogado constituído acompanhou as oitivas do agente penitenciário e do sentenciado (fls. 277/278 e 284/285), de modo que não há que se reconhecer a alegada nulidade.

Por fim, acolho a nulidade por ausência de oitiva judicial do sentenciado, em razão da homologação da prática de falta grave que implicou na sua regressão definitiva para o regime fechado.

Sobre o tema, a jurisprudência das Cortes Superiores fixou

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

alguns entendimentos, que convém serem observados.

Entende-se que a oitiva do sentenciado no procedimento disciplinar para apuração de falta grave, quando acompanhado de defesa técnica, dispensa, como regra geral, uma nova oitiva em Juízo, conforme se infere dos seguintes julgados do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

*"Habeas corpus. Execução penal. Não se conhece de habeas corpus empregado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. Falta grave. Processo administrativo disciplinar. Nulidade. Inocorrência. Audiência de justificação. Desnecessidade. Oitiva do reeducando acompanhado da defesa técnica no PAD. Contraditório e ampla defesa assegurados. Não demonstração do prejuízo. Princípio *pas de nullité sans grief*. Reexame do acervo fático-probatório. Inviabilidade. Ato coator parametrizado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Manifesta ilegalidade ou teratologia não identificadas. Negativa de seguimento."*

(STF - HC 204.542/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Decisão monocrática - j. em 22/07/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ALEGADA NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. OITIVA REALIZADA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ACOMPANHADA DE DEFESA TÉCNICA E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A manifestação de investigado, acompanhada de defesa técnica, com a observância do princípio do contraditório em procedimento administrativo de apuração de falta grave, em sede de execução penal, é lídima, sendo desnecessária nova oitiva antes da homologação da infração disciplinar. Precedentes: RHC 167.849-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 13/2/2020; e HC 176.077-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/12/2019.

2. *In casu*, i) o juízo das Execuções homologou procedimento administrativo disciplinar no qual foi reconhecida a prática de falta grave pelo paciente, tendo-lhe sido imposta a perda de 1/5 dos dias remidos bem como a alteração da data-base para obtenção de novos benefícios no curso da execução; ii) o Tribunal a quo assinalou que *"não há qualquer mácula na decisão agravada, acerca da fundamentação das decisões das instâncias ordinárias que reconheceram a prática de falta grave na conduta do agravante, uma vez restou assentado que foram encontradas uma bateria de celular, micro cartões de memória e adaptadores USB junto aos pertences do recorrente (fl. 154), na medida em que tal conduta foi apurada*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mediante a instauração de procedimento administrativo disciplinar, conforme enunciado n. 533 da Súmula do STJ, e se circunscreve à conduta do art. 50, VII, da LEP. Pretendendo, em verdade, a rediscussão de matéria já analisada e superada pela decisão atacada".

[...]"

(STF - HC 182.325-AgR/SC - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. em 22/05/2020);

"Agravamento regimental em *habeas corpus*. 2. Execução Penal. 3. Cometimento de falta grave. 4. Definição de nova data para contagem de benefícios e perda de dias remidos. Manutenção em regime fechado. **5. Ausência de audiência de justificação não violou o contraditório e a ampla defesa. 6. Agravante devidamente ouvido durante a instrução do PAD e audiência devolutiva. 7. Ausência de constrangimento ilegal.** 8. Negativa de provimento ao agravo regimental."

(STF - HC 150.745/RO - Rel. Min. GILMAR MENDES - Segunda Turma - j. em 22/02/2019);

"HABEAS CORPUS – RECURSO DE AGRAVO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO RECORRIDO – INADMISSIBILIDADE – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – REEDUCANDO OUVIDO REGULARMENTE, NA PRESENÇA DE SEU DEFENSOR CONSTITUÍDO, NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) – DESNECESSIDADE DE NOVA OITIVA EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – PRECEDENTES – IMPETRAÇÃO DEDUZIDA, ADEMAIS, COM BASE EM FUNDAMENTOS SEQUER APRECIADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DESTA ESPÉCIE RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO."

(STF - HC 176.077-AgR/SP - Rel. Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma - j. em 06/12/2019);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. MÉRITO. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL REALIZADO SEM OITIVA DO PACIENTE EM JUÍZO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I – Conforme entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não configura óbice ao conhecimento do *writ* o fato de a sua impetração ser manejada em substituição a recurso extraordinário.

II – O laudo toxicológico, cujo resultado foi positivo para cocaína e para maconha, afasta a alegação de inexistência de materialidade da falta grave.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

III – Não é o caso de concessão *ex officio* da ordem, uma vez que se aplica ao caso a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que “a oitiva prévia disposta no art. 118, §2º da Lei de Execução Penal somente é indispensável na hipótese de regressão definitiva” (RHC 116467/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

IV – *Habeas corpus* denegado."

(STF - HC 137.997/SP - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Segunda Turma - j. em 23/05/2017).

Na mesma linha, a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OITIVA JUDICIAL DO APENADO. PERÍCIA PARA COMPROVAÇÃO DO DANO. DESNECESSIDADE. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. A teor dos julgados desta Corte, não é imprescindível a perícia para averiguação do dano ao patrimônio público e a falta grave pode ser reconhecida com fundamento em outras provas produzidas durante a sindicância. Ademais, é desnecessária a oitiva do apenado na fase judicial para homologação da infração disciplinar, quando já foram assegurados o contraditório e a ampla defesa durante o procedimento administrativo.

[...]

4. O reconhecimento da falta prevista no art. 52 da LEP e a imposição da perda de 1/3 dos dias remidos e da interrupção da data-base para nova progressão de regime foram devidamente motivados. As penalidades estão expressamente previstas em lei e não foram aplicadas de forma desproporcional.

5. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 654.281/SP - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma - j. em 15/06/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. APURAÇÃO POR REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. SUBVERSÃO À ORDEM E A DISCIPLINA INTERNA. ABSOLVIÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não tendo sido determinada a regressão de regime prisional, seria 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.

[...]

4. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 662.139/SP - Rel. Min. Olindo Menezes

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(Desembargador convocado do TRF 1ª Região) – Sexta Turma - j. em 15/06/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, VI, DO CP. OITIVA JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA NA APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. TESE DE NÃO CONFIGURAÇÃO DA FALTA GRAVE. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. A Sexta Turma tem entendido que se o paciente, assistido por defensor público ou advogado constituído, foi ouvido no Procedimento Administrativo Disciplinar - PAD, e, após a juntada deste procedimento aos autos processuais, oportunizou-se à defesa manifestação nos autos judiciais, mesmo não havendo a audiência de oitiva do apenado, não há ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

3. Estando presente o defensor técnico em todos os atos da sindicância, não há falar em cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que a análise da tese de não configuração da falta grave, ou de desclassificação para falta de natureza média, em regra, não se coaduna com a via estreita do *habeas corpus*, dada a necessidade, no caso, de incursão na seara fático-probatória, incabível nesta sede.

5. Agravo regimental improvido."

(STJ - AgRg no HC 618.536/SP - **Rel. Min. Nefi Cordeiro** – Sexta Turma - j. em 09/02/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. **FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. OITIVA JUDICIAL DO APENADO DO REGIME FECHADO. DESNECESSIDADE.** INEXISTÊNCIA DE SANÇÃO DE CARÁTER COLETIVO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. A teor dos julgados desta Corte, a inquirição de testemunha em sindicância sem a presença do sentenciado não configura nulidade se defensor técnico acompanhou o ato e o apenado foi ouvido durante o procedimento administrativo disciplinar. É desnecessária nova oitiva em juízo para homologação da falta grave, pois já foram assegurados o contraditório e a ampla defesa.

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 610.073/SP - **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** - Sexta Turma - j. em 15/12/2020);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. **EXECUÇÃO PENAL. PAD. AUDIÊNCIA DE**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

JUSTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. APENADO QUE ESTAVA EM REGIME FECHADO. OFENSA À SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - **"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 118, §2º, DA LEP. FALTA GRAVE COMETIDA EM REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. De acordo com o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, é prescindível a realização de audiência de justificação judicial, prevista no art. 118, §2º, da Lei de Execução Penal, se o apenado já tiver sido ouvido em procedimento administrativo disciplinar, no qual foram observados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, e não houver regressão de regime. 2. Agravo regimental a que se nega provimento"** (AgRg no REsp n. 1.864.865/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/05/2020).

III - **In casu**, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do **habeas corpus**, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no HC 591.515/SC - Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma - j. em 1º/09/2020);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. DESNECESSIDADE DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que, nas hipóteses em que não há regressão de regime, não é imprescindível a realização de audiência de justificação para aplicar sanção ao Reeducao pelo cometimento de falta grave.

2. Agravo regimental desprovido."

(STJ - AgRg no REsp 1.869.067/MS - Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma - j. em 18/08/2020).

Igualmente, a doutrina de **NESTOR TÁVORA** e **ROSMAR RODRIGUES ALENCAR**:

"[...] O contraditório e a ampla defesa devem ser exercidos nos autos do procedimento administrativo para apuração da falta grave. **É prescindível nova oitiva do apenado perante o juiz se, antes da homologação da falta grave, foi dada oportunidade a ele de se manifestar no âmbito do procedimento administrativo**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

instaurado para apurar a prática de infração disciplinar, acompanhado de defesa técnica [...]."

(Curso de Processo Penal e Execução Penal, 16ª edição, Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1.609).

Entretanto, consolidou-se o entendimento de que **se o reconhecimento da falta grave implicar a regressão definitiva de regime prisional, em qualquer caso, será necessária a oitiva judicial do sentenciado, por força do art. 118, §2º, da LEP**, conforme consta dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. **REGRESSÃO DEFINITIVA DE REGIME PRISIONAL. NECESSIDADE DE OITIVA JUDICIAL PRÉVIA OBSERVADA.** DECISÃO DO JUÍZO DE EXECUÇÃO JÁ ANULADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FALTA GRAVE APURADA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM QUE FORAM OBSERVADOS O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. CASO EM EXAME

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que anulou parcialmente decisão do Juízo da execução penal, a qual decretou a regressão definitiva do regime de cumprimento da pena, sem prévia oitiva judicial do apenado, em razão de falta grave por uso de aparelho telefônico.

2. O Tribunal de origem determinou a realização de audiência de justificação antes de nova deliberação sobre a regressão de regime e reduziu a revogação dos dias remidos para 1/6.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em saber se a ausência de audiência de justificação prévia no procedimento de apuração de falta grave, que resultou na regressão definitiva de regime, configura constrangimento ilegal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. **"A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser possível a regressão cautelar, inclusive ao regime prisional mais gravoso, diante da prática de infração disciplinar no curso do resgate da reprimenda, sendo desnecessária até mesmo a realização de audiência de justificação para oitiva do apenado, exigência que se torna imprescindível somente para a regressão definitiva"** (RHC 81.352/MA, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/4/2017, DJe 28/4/2017).

5. A impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio não é admitida, salvo em casos de flagrante ilegalidade, o que não se verifica no presente caso, uma vez que houve a anulação da parte da decisão que havia decretado a regressão definitiva de regime sem a prévia oitiva judicial, conforme o art. 118, §2º, da Lei de Execução Penal.

6. Ademais, houve a realização de procedimento administrativo para

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a apuração de falta grave, no qual foi assegurado o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica.

IV. ORDEM NÃO CONHECIDA."

(STJ - HC 910.062/SC - **Rel. Min. Daniela Teixeira** - Quinta Turma - j. em 10/12/2024 - DJe de 17/12/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. **EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME E PERDA DE DIAS REMIDOS E A REMIR. AUDIÊNCIA JUDICIAL. AUSÊNCIA. NULIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O princípio da dialeticidade recursal impõe que a parte recorrente impugne todos os fundamentos da decisão recorrida e demonstre, concreta e especificamente, o seu desacerto.

2. A falta de ataque a todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial obsta o conhecimento do agravo, nos termos do art. 932, III, CPC/2015, do art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e da Súmula n. 182/STJ, aplicável por analogia.

3. Na origem, o recurso especial não foi admitido diante dos óbices das Súmulas n. 7/STJ e n. 283/STF, bem como a ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial. Todavia, no que diz respeito ao primeiro dos impedimentos, a parte se limitou a afirmar, genericamente, que a análise das teses meritorias não exigiria o revolvimento, mas apenas a reavaliação jurídica dos fatos delineados pela Corte a quo, o que não atende ao ônus de impugnação concreta e específica.

4. Para afastar a incidência da Súmula n. 7/STJ, exige-se a demonstração clara e objetiva de que a solução da controvérsia e a verificação de violação da lei federal independem do reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Na espécie, não houve sequer o cuidado de se contextualizar os dados concretos constantes do acórdão recorrido.

5. O entendimento firmado no âmbito da Quinta e da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser imprescindível a realização de audiência de justificação perante o Juízo competente no procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave quando houver regressão definitiva de regime prisional. Precedentes.

6. Na espécie, a decisão homologatória do procedimento administrativo disciplinar determinou a regressão de regime e decretou a perda dos dias remidos e a remir, com a interrupção do cálculo de penas para fins de progressão, sem proceder à prévia oitiva judicial do apenado, em sede de audiência de justificação, evidenciando a nulidade absoluta do ato.

7. Agravo regimental não provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício."

(STJ - AgRg no AREsp 2.480.566/SP - **Rel. Ministro Otávio de Almeida Toledo** (Desembargador Convocado do TJSP) - Sexta Turma – j. em 20/08/2024 - DJe de 23/08/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NOS TERMOS LEGAIS. POSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. APURAÇÃO MEDIANTE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 118, §2º, DA LEP. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. "A jurisprudência desta Corte tem se posicionado pela prescindibilidade da realização da audiência de justificação para homologação de falta grave, desde que a apuração da falta disciplinar tenha se dado em regular procedimento administrativo, no qual tenha sido assegurado ao apenado o contraditório e a ampla defesa" (AgRg no HC 533.904/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019).

3. Nas hipóteses em que o reconhecimento da falta grave acarreta a regressão definitiva do regime prisional, contudo, é firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o §2º do art. 118 da LEP exige a oitiva prévia do apenado pelo Juízo da Execução. Precedentes.

4. In casu, em que pese o apenado tenha sido ouvido no procedimento disciplinar, na fase administrativa, na presença da defesa técnica (e-STJ fl. 262), imprescindível a realização de audiência de justificação, porquanto determinada a regressão definitiva de regime prisional, contexto que ensejou a cassação da decisão que homologou a falta grave e a determinação de que outra seja proferida, com observância da prévia oitiva judicial do sentenciado, o que não merece reparos.

5. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no REsp 1.928.971/SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma - j. em 03/08/2021);

"[...] No que concerne à nulidade do reconhecimento da falta disciplinar, com regressão definitiva de regime, esta eg. Corte de Justiça firmou o entendimento de que, é imprescindível a realização de oitiva judicial do apenado, nos termos do art. 118, §2º, da Lei de Execução Penal, sob pena de nulidade.

Verbis:

"Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado."

No mesmo sentido, a jurisprudência desta eg. Corte Superior:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REGRESSÃO**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DEFINITIVA DE REGIME. PRÉVIA OUVIDA JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 118, §2º, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível a realização de audiência de justificação no procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave, quando houver regressão definitiva de regime prisional.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1810856/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 25/6/2019, grifei).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. IMPRESCINDÍVEL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido de que é prescindível a realização de audiência de justificação no procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave apenas na hipótese em que não houver a determinação de regressão definitiva de regime.

2. No caso, foi determinada a regressão definitiva do regime prisional do Paciente pelo Juízo da Execução Penal, motivo pelo qual seria imprescindível a prévia oitiva do Apenado em audiência de justificação no âmbito do Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado para a apuração de falta grave, conforme disposto no art. 118, §2.º, da Lei de Execução Penal.

3. Ordem concedida." (HC 464.406/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 23/10/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA DA FALTA RECONHECIDAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINADA REGRESSÃO DE REGIME. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "É firme o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que a absolvição na esfera penal apenas repercute no âmbito administrativo se estiver baseada na negativa da autoria ou na inexistência do fato" (MS n. 20.994/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª S., DJe 6/6/2016).

2. Para se infirmar a interpretação apresentada pelas instâncias ordinárias, de forma a possibilitar conclusão diversa da exarada no acórdão vergastado, no sentido de que o aparelho celular não pertenceria ao paciente, é necessário imiscuir-se no exame do acervo fático-probatório, o que evidencia a impossibilidade de este Superior Tribunal apreciar o pedido formulado no writ.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível a realização de audiência de justificação apenas quando o Juízo da execução penal

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

proceder à regressão definitiva do apenado a regime mais gravoso, de modo que a regressão cautelar prescinde de prévia oitiva judicial.

4. Agravo regimental parcialmente provido para determinar tão somente a realização da audiência de justificação." (AgRg no HC 412.743/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 27/10/2017, grifei).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. HOMOLOGAÇÃO APÓS REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALTA MÉDIA. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. REGRESSÃO DEFINITIVA DE REGIME. OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO. NECESSIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. PERDA DE 1/4 DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A aplicação da falta grave deu-se mediante regular procedimento administrativo disciplinar - PAD, com rito próprio previsto na Lei de Execução Penal.

2. O pedido de desclassificação da falta grave para falta média não se coaduna com a via estreita do habeas corpus, dada a necessidade, no caso, de incursão na seara fático-probatória, incabível nesta sede.

3. Nos termos do art. 118, §2º, da Lei de Execução Penal, é imprescindível, para a regressão definitiva de regime carcerário, a prévia oitiva do apenado em juízo, sob pena de nulidade. Precedentes.

4. O juízo da execução não fundamentou a necessidade de perda dos dias remidos no patamar máximo. Ao assim decidir, deixou de exercer um juízo de proporcionalidade, em atenção ao disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal.

5. Ordem concedida parcialmente para anular a decisão proferida pelo Juízo das Execuções, na parte em que determinou a regressão definitiva de regime e a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos, determinando-se que outra seja proferida, com a observância da prévia oitiva judicial do sentenciado e com a devida fundamentação da fração relativa à perda dos dias remidos." (HC 407.808/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 13/10/2017, grifei).

No caso sob exame, o eg. Tribunal de origem afirmou a dispensabilidade da audiência de justificação, nada obstante tenha sido decretada a regressão definitiva do regime, após homologada a falta grave em desfavor do paciente.

Por amor ao debate, se esclarece que, sobre a situação específica de oitiva apenas durante a elaboração do processo administrativo disciplinar (PAD), esta eg. Corte Superior admite apenas na hipótese de regressão não definitiva de regime:

[...] (HC 409.546/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 14/2/2018, grifei).

Nesse diapasão, o v. acórdão de origem está em desacordo com o entendimento firmado por este eg. Superior Tribunal de Justiça, de modo que configura constrangimento ilegal.

Em tempo, tendo em vista a atual pandemia de coronavírus, desde já, autorizada está a realização da audiência de justificação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

por meio de videoconferência, haja vista a necessidade sanitária e desde que devidamente fundamentada.

In verbis:

[...] (AgRg no HC 584.346/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/11/2020, grifei).

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Concedo a ordem, de ofício, para cassar o decidido a quo, no sentido de inviabilizar a regressão definitiva de regime sem oitiva judicial prévia do apenado; contudo, sem prejuízo de que nova decisão homologatória da falta grave seja proferida, após a realização da devida audiência de justificação, caso a prescrição não tenha se operado no caso concreto. [...].

(STJ - HC 662.136/RS - Rel. Min. Felix Fischer - Decisão monocrática - j. em 1º/07/2021).

No sentido da imprescindibilidade da oitiva judicial do réu em casos de regressão definitiva de regime prisional, aliás, cumpre citar a doutrina de **RENATO MARCÃO**:

"[...] A execução penal reclama a observância de diversos princípios, dentre eles alguns de *status* constitucional.

Os elevados princípios da ampla defesa e do contraditório têm lugar destacado no processo de execução, muito embora na prática algumas vezes a constatação seja outra bem diversa.

A regressão de regime prisional é medida judicial de intensa gravidade que afeta os destinos da execução e revela-se extremamente danosa aos interesses do condenado. De tal sorte, antes de sua efetivação é imperioso providenciar o necessário com o objetivo de proceder à oitiva deste, permitindo-lhe o exercício pleno de sua defesa, observando, ainda, o contraditório constitucional, salvo hipóteses de regressão cautelar, nos termos em que adiante veremos.

Resulta evidente que o desrespeito a tais princípios dá ensejo a odioso constrangimento ilegal; fulmina e invalida a decisão de regressão. [...].

(Curso de Execução Penal, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2021, p. 198-199).

Ainda, após alguma divergência, também se assentou a tese de que a oitiva judicial sob o manto do contraditório pode suprir a necessidade de procedimento administrativo para fins de reconhecimento da falta grave, ou mesmo superar eventual mácula ocorrida no âmbito da sindicância.

Nesse sentido, a Tese firmada em relação ao **Tema 941**, do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Repertório de Temas de Repercussão Geral do STF: "**A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena**".

Oportuno, ainda, transcrever a ementa do respectivo paradigma:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. **PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE. AUDIÊNCIA EM JUÍZO NA QUAL ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. PROVIMENTO DO RECURSO.**

1. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. **No sistema de jurisdição una, o procedimento judicial conta com mais e maiores garantias que o procedimento administrativo, razão pela qual o segundo pode ser revisto judicialmente, prevalecendo a decisão judicial sobre a administrativa.**

3. Por outro lado, em um sistema congestionado como o da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere por período superior à condenação.

4. **Desse modo, a apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.**

5. Provimento do Recurso com a afirmação da seguinte tese: "A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena".

(STF - RE 972.598/RS - Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Plenário - Sessão Virtual de 24 a 30 de abril de 2020).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

No mesmo diapasão, mais recentemente, também no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SAN GRIEF*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

1. Na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, o *Agravante tem o dever de impugnar, de forma específica, todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não provimento do agravo regimental* (HC 133.685-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 10.6.2016).

2. Inadmissível o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

3. **Esta Suprema Corte possui entendimento no sentido de que "a oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público pode suprir eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso de Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade"** (RHC 145.677/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18.8.2017). Precedentes.

4. A jurisprudência desta Suprema Corte exige, como regra, a demonstração concreta de prejuízo tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas, marcadas que são pelo princípio do *pas de nullité san grief* previsto no artigo 563 do CPP. Precedentes.

5. Inviável o exame das teses defensivas não apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

6. O acolhimento da tese defensiva demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita.

7. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF - HC 199.495-AgR/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Primeira Turma - j. em 24/05/2021).

Em consonância com esse entendimento firmado na CORTE SUPREMA, citam-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. **PROVAS JUDICIALIZADAS. ART. 155 DO CPP.** REGULAR PAD. OITIVA JUDICIAL DO APENADO. PRECEDENTES DO STF E DESTA STJ. **ABSOLVIÇÃO OU DESCCLASSIFICAÇÃO.** PROVAS SUFICIENTES. IMPUTAÇÃO ADEQUADA. **PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. FUNDAMENTAÇÃO AUSENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. RECOMENDAÇÃO DE CELERIDADE.**

[...]

II - Sobre a alegação da exigência de provas judicializadas no Processo Administrativo Disciplinar - PAD, para a apuração de falta grave, importante consignar que este não obedece rigorosamente às regras do processo penal, em especial, em relação ao art. 155 do Código Processual Penal, até mesmo porque "O col. Supremo Tribunal Federal já enfrentou a matéria aqui posta, em sede de recurso repetitivo representativo da controvérsia, no RE n. 972.598/RS, assentando a seguinte tese: 'A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena' (RE n. 972.598, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 06/08/2020)" (HC n. 620.019/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 15/12/2020).

[...]

VI - Na hipótese, a perda dos dias remidos fundamentou-se em argumentação genérica, abstrata, estando o v. acórdão em desacordo com a jurisprudência desta eg. Corte Superior e a lei vigente.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar que o d. Juízo das Execuções faça nova análise acerca da perda dos dias remidos, de modo fundamentado, nos termos do art. 127 da Lei de Execução Penal.

Recomenda-se celeridade."

(STJ - HC 648.297/RS - Rel. Min. Felix Fischer – Quinta Turma - j. em 18/05/2021);

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO. REGRESSÃO DE REGIME. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 941. DECISÃO FUNDAMENTADA. RAZOABILIDADE. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA REGRAS ESTABELECIDAS PARA O MONITORAMENTO ELETRÔNICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APRECIÇÃO DOS MOTIVOS DO DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 972.598/RS (Tema 941 da repercussão geral), em sessão plenária virtual finalizada em 30/4/2020, fixou a seguinte tese: A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. Em conformidade com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se verifica a ocorrência de manifesta ilegalidade se a audiência de justificação for realizada na presença do defensor e do Ministério Público, na qual tenha sido assegurado os preceitos constitucionais do devido processo legal e o regular exercício do direito do contraditório e da ampla defesa.

3. Não se verifica manifesta ilegalidade na regressão de regime prisional, devidamente fundamentada na prática de falta grave, nos termos do art. 50, VI, c/c o 39, V, e 146-C, todos da LEP, tendo em vista o descumprimento reiterado das regras estabelecidas para o monitoramento eletrônico, tendo o reeducando violado por 111 vezes o perímetro estabelecido.

4. Estando devidamente fundamentada, com base na prova dos autos, a aplicação da falta grave pela Corte de origem, a pretendida revisão do julgado, com a análise dos motivos do descumprimento das regras estabelecidas para o monitoramento eletrônico, demandaria o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

5. Recurso em *habeas corpus* improvido."

(STJ - RHC 135.013/PR - Rel. Min. Nefi Cordeiro – Quinta Turma - j. em 02/02/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. APONTADA NULIDADE DO RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. NÃO OCORRÊNCIA. REALIZADA OITIVA JUDICIAL. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPOSTA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. NÃO INDICADO ARTIGO DE LEI EVENTUALMENTE VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. "Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento acerca da impossibilidade de dispensa do processo administrativo disciplinar para fins do reconhecimento definitivo da infração disciplinar, a teor da Súmula 533/STJ, mesmo em se tratando da prática de fato definido como crime doloso, e ainda que o sentenciado esteja cumprindo pena em regime aberto ou em prisão domiciliar" (HC n. 456.119/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 15/10/2018, grifei).

2. Todavia, ao apreciar o tema em questão, sob a égide o instituto da repercussão geral, o Pretório Excelso (REsp n. 972.598/RS, ATA Nº 12, de 04/05/2020. DJE nº 117, divulgado em 11/05/2020) firmou o entendimento de que "[a] oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena".

[...]

5. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no REsp 1.856.867/PR - Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma - j. em 22/09/2020).

Por fim, salienta-se que a audiência de justificação perante o Juiz de Direito poderá, excepcionalmente, ser realizada por videoconferência, desde que exista decisão judicial fundamentada e seja assegurada ao sentenciado a sua ampla defesa. É o que se entendeu, aliás, no seguinte julgado da CORTE SUPREMA:

"EXECUÇÃO PENAL – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – VIDEOCONFERÊNCIA. Não há ilegalidade na realização, mediante decisão fundamentada, da audiência de justificação por meio de videoconferência, precedida de entrevista prévia do reeducando com o defensor."

(STF - RHC 193.483/SC - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 24/02/2021).

Assim, uma vez acolhida esta preliminar suscitada pela defesa, fica prejudicada a análise do mérito recursal.

Com essas considerações, acolhida uma das preliminares suscitadas, **dou parcial provimento** ao Agravo de Execução Penal interposto pela defesa, para cassar a decisão que regrediu definitivamente de regime o sentenciado, mantida a regressão cautelar decretada nos autos principais, devendo o Juízo de Origem proceder, tão logo quanto possível, à oitiva judicial do preso para a prolação de nova decisão sobre a matéria.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator