



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PAD. AUSÊNCIA DE NULIDADE. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE.

É dispensável a instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD – para o reconhecimento da falta grave. A judicialização do procedimento impõe ao magistrado da execução penal, independentemente da instauração, nulidade ou ausência do PAD, a abertura de procedimento para averiguar a prática da falta, devendo ser assegurada a ampla defesa e o contraditório.

FALTA GRAVE. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. ART. 52 DA LEP. A prática de fato definido como crime doloso permite o reconhecimento da falta grave independentemente da condenação definitiva, diante da independência das esferas pena e administrativa.

ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. POSSIBILIDADE. Segundo a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave acarreta a alteração da data-base para futuros benefícios, exceto no tocante ao livramento condicional.

AGRAVO PROVIDO, EM PARTE.

AGRAVO EM EXECUÇÃO

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70052069838

COMARCA DE CANDELÁRIA

DIEGO FRANCO BENTIVOGLIO

AGRAVANTE

MINISTERIO PUBLICO

AGRAVADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso para deixar de aplicar a alteração da data-base no que tange ao benefício do livramento condicional.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE) E DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA.**

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2013.



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY,
Relator.

RELATÓRIO

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (RELATOR)

Trata-se de agravo em execução interposto por **DIEGO FRANCO BENTIVOGLIO**, visando modificar a decisão do Juiz de Direito da vara de execuções criminais da comarca de Candelária, que reconheceu a falta grave do apenado e, conseqüentemente, determinou a regressão de regime para o fechado, a alteração da data-base para a concessão de benefícios e a perda de 1/6 dos dias remidos.

O agravante (fls. 17/20), preliminarmente, alega ser nula a decisão agravada, uma vez que não houve instauração do PAD. No mérito, insurge-se contra o reconhecimento da falta grave pela prática de crime doloso, diante da presunção de inocência. Outrossim, pede o afastamento da alteração da data-base, em especial em relação ao livramento condicional.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 21/31) e mantida a decisão agravada (fl. 32), o Ministério Público, nesta Corte, opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do agravo (fls. 38/40v).

É o relatório.

VOTOS

DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY (RELATOR)

O apenado **DIEGO FRANCO BENTIVOGLIO** estava cumprindo pena privativa de liberdade de 10 anos e 04 meses de reclusão quando, ao retornar do serviço externo, em 09/05/2012, foram localizadas na barra de seu casaco pedras semelhantes a *crack*. Encaminhado a uma revista minuciosa, foram encontrados mais dois chips de celular.

O juízo *a quo*, reconhecendo a prática de falta grave, regrediu o regime do apenado para o fechado, alterou a data-base para benefícios externos e declarou a perda de 1/6 dos dias remidos.

A defesa insurge-se contra o reconhecimento da falta e alteração da data-base, tão somente.

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade da decisão por ausência de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para apurar a falta grave, não merece guarida o pleito defensivo.

Isso porque a ausência do PAD impede tão somente a incidência das sanções administrativas decorrentes da falta, não impedindo o reconhecimento judicial e as conseqüências daí decorrentes.



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

Desta forma, as nulidades ou ausência do PAD não influenciam a decisão judicial quanto à regressão do regime prisional. Revi meu posicionamento sobre as nulidades do procedimento administrativo disciplinar, porquanto o art. 66, III, “b”, da LEP¹, fixa a competência do juízo da execução, dispondo que a este cabe decidir sobre a progressão ou regressão nos regimes.

Em razão disso, o magistrado está autorizado a regredir o regime carcerário do apenado, ainda que nulo, prescrito ou ausente o PAD.

Assim dispõe o parágrafo 2º do art. 118 da LEP:

“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;

...

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

Estou convencido, contudo, de que, ao dispensar o PAD, o juiz não pode se eximir da obrigação de apurar a falta grave cometida pelo apenado. Consequentemente, quando for o caso, cabe-lhe propiciar dilação probatória, com a finalidade de apurar a veracidade da justificativa apresentada para a prática da falta grave, e quando essa justificativa apresentar relevância jurídica. Não é possível a imposição de qualquer penalidade apenas porque o apenado, ouvido, admite ter cometido a falta, sem permitir que seja feita a prova do fato que motivou o comportamento em questão. A não ser assim, estar-se-á comprometendo o direito à ampla defesa.

No caso, porém, não se verifica qualquer malferimento ao contraditório e à ampla defesa, pois o apenado foi acompanhado por advogado na audiência designada e confessou a posse das drogas.

Assim, afasto a preliminar.

No mérito, com relação ao reconhecimento da falta grave, pelos elementos constantes dos autos, verifica-se que, em tese, o apenado praticou fato definido como crime doloso, ferindo a disciplina prisional. Assim, é entendimento predominante na Câmara ser prescindível a condenação definitiva por este delito para o reconhecimento da falta grave, diante da independência das esferas administrativa e penal.

¹ **Art. 66** – Compete ao Juiz da execução:

...

III – decidir sobre:

...

b) progressão ou regressão nos regimes;



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

A propósito, cito o seguinte precedente:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRÁTICA DE NOVO FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REGRESSÃO DE REGIME E SUAS CONSEQUÊNCIAS. A prática de novo fato definido como crime doloso no curso da execução de pena consubstancia falta grave, independentemente de condenação transitada em julgado pelo novo delito, e, por consequência lógica, acarreta regressão de regime, a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70047062872, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 08/03/2012)

Portanto, cabível o reconhecimento da falta grave.

Quanto à posse dos chips, entendo que a conduta do apenado se enquadra no conceito de falta média.

Nesse passo, prevê o §2º do art. 19 do Decreto nº 46.534, de 04/08/2009, que aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul:

“§ 2º - Aplica-se a sanção de repreensão ao autor quando a infração disciplinar for de natureza média ou quando houver reincidência em falta de natureza leve.”

Segundo, porque a conduta do apenado, de fato, se enquadra na de falta média, prevista no art. 12 do referido Decreto:

“Art. 12 - Serão consideradas faltas de natureza média:

(...)

“XII - possuir qualquer componente de aparelho telefônico, rádio ou similar *que contribua* para a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.”

O preso portava dois *chips* de celular, ou seja, um componente de aparelho celular que não lhe permite, isoladamente, manter contato com o mundo exterior.

Diferente é a situação prevista no art. 50, VII, da Lei de Execução Penal e que constitui falta grave, com as consequências pretendidas pelo agravante:

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

(...)

“VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, *que permita* a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.”



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

Todavia, deixo de reconhecer, no caso, a falta média, sob pena de *reformatio in pejus*.

Por outro lado, o entendimento deste relator era no sentido da impossibilidade de alteração da data-base em decorrência da prática de falta grave, por ausência de previsão legal.

Porém, encontra-se sedimentado no Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de alteração do marco para concessão de benefícios quando reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave.

O Superior Tribunal de Justiça, segundo notícia veiculada em seu *site*, recentemente pacificou o entendimento ao julgar na Terceira Seção os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1176486, quando entendeu possível a alteração da data-base.

Nesta Câmara, o entendimento majoritário é neste sentido, a teor dos seguintes precedentes:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO NO CURSO DA EXECUÇÃO. LATROCÍNIO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME, ALTERAÇÃO DA DATA-BASE E PERDA PARCIAL DA REMIÇÃO. POSSIBILIDADE. O art. 118, inc. I, da LEP, dispõe que a prática de fato definido como crime doloso ou falta grave enseja a regressão de regime. Por sua vez, a primeira parte do art. 52 do mesmo diploma legal enquadra a nova ocorrência criminosa como já caracterizadora de falta grave. Assim, qualquer que seja a perspectiva sobre a qual é vista, tem-se que de sua prática decorre a modificação do regime prisional. A alteração da data-base é decorrência lógica de tal sanção, devendo passar a constar como referência para a concessão de futuros benefícios aquela em que ocorrer a transferência ao regime mais rigoroso - salvo para a concessão de livramento condicional. A decretação da perda dos dias remidos é medida expressamente prevista pelo art. 127 da LEP. Não há falar em direito adquirido, pois benefício que, enquanto não consolidado pela extinção da pena, é submetido à cláusula *rebus sic stantibus*, gerando mera expectativa de direito. Em 30-06-2011, entrou em vigor a Lei nº 12.433/11, que deu nova redação ao supracitado dispositivo legal, restringindo em até 1/3 (um terço) a perda do tempo remido pelo apenado. Assim, considerando os vetores oferecidos pelo art. 57 da LEP, a decretação da perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos é justa e proporcional para o caso em tela. AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo Nº 70047402920, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 22/03/2012)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FUGA QUE CONFIGURA FALTA GRAVE. LIMITES OBJETIVOS DA PENA. DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME PRISIONAL MÁXIMO E À ESPÉCIE DE ESTABELECIMENTO DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE REGRESSÃO A



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O FIXADO NO DECRETO CONDENATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. OCORRÊNCIA EM FACE DO RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE. A AUSÊNCIA DE REGRESSÃO NÃO IMPEDE A ALTERAÇÃO DA DATA PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. Tendo o réu fugido no curso da execução de pena consubstanciada está a falta grave. Dimanando claramente da Constituição Federal que o cumprimento das penas privativas de liberdade será realizado em estabelecimentos prisionais classificados de acordo com a natureza de cada delito (CF, art. 5º, LXVIII), e sendo esta aferição realizada por ocasião do decreto condenatório a partir de um juízo de proporcionalidade dentro das balizas legislativas que estabelecem o quantum da pena, é inviável a regressão para regime mais grave em decorrência da prática de falta grave. E assim porque, ao possibilitar-se a regressão para regime mais gravoso, estar-se-ia, implicitamente, autorizando indevida (pois com base em penalidade administrativa) mobilidade interna do preso a patamar de cumprimento de pena mais grave, i.é., reservado a crimes mais graves. A mobilidade interna (dentro do sistema de execução da pena) do preso permitida pelo sistema constitucional-penal que pode levar aquele a cumprir a pena em regime mais gravoso é somente a que decorre de novo apenamento, ou seja, que derive de nova condenação criminal e que importe aumento de pena, i.é., em que resulte novo montante global de pena - após a soma ou unificação. Enfatize-se que se está a tratar de limite objetivo da pena - atinente ao regime e à espécie de estabelecimento prisional -, que, como decorrência da incorporação ao patrimônio jurídico do condenado, impede a regressão do regime para outro mais grave do que aquele estabelecido no decisum condenatório. Importante esclarecer que a lei de execução penal estabelece critérios e alternativas proporcionais ao estabelecimento de punições administrativas, as quais, até certo ponto, podem ser aplicadas pelo próprio administrador, sem prejuízo de sua aplicação pelo juízo da execução penal, tudo com base no princípio de que a execução penal tem natureza jurisdicional, o que, aliás, vem disposto no artigo 2º da Lei 7.210/84. Assim, por ser proporcional e compatível com o sistema, nada impede, por outro lado, a alteração da data-base. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. POR MAIORIA. (Agravo Nº 70047074760, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 12/04/2012)

Assim, de acordo com o entendimento majoritário, por razões ligadas à segurança jurídica, passo a aplicar a alteração da data-base, que deve ser a data da falta, exceto no que tange ao livramento condicional.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso para deixar de aplicar a alteração da data-base no que tange ao benefício do livramento condicional.



CAE
Nº 70052069838
2012/CRIME

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA - De acordo com o Relator.
DES. DANÚBIO EDON FRANCO (PRESIDENTE) - De acordo com o Relator.

DES. DANÚBIO EDON FRANCO - Presidente - Agravo em Execução nº 70052069838, Comarca de Candelária: "À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA DEIXAR DE APLICAR A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE NO QUE TANGE AO BENEFÍCIO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL."

Julgador de 1º Grau: CELSO ROBERTO MERNAK FIALHO FAGUNDES