

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Trata-se de Recurso Extraordinário, submetido à sistemática da repercussão geral, interposto contra acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Agravo em execução penal. Falta grave. Art. 52, da LEP: apenas a condenação com trânsito em julgado faz presente a "prática de crime doloso", pena de agredir o princípio da presunção de inocência.

Negaram provimento ao agravo ministerial (unânime).

No apelo extremo, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul alega, com amparo no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 97, e art. 5º, LVII, cujas razões recursais vêm assim ementadas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. CONFIGURAÇÃO LEGAL DE FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PRESERVADO.

1. A decisão que, em grau recursal, não aplica o artigo 52, *caput*, da LEP – com a redação da Lei n. 10.792/03, que reproduz em parte o comando do artigo 118, inciso I, da LEP –, por entender que esse dispositivo viola princípio da presunção de inocência, procede à declaração de sua inconstitucionalidade, vedada aos órgãos fracionários dos Tribunais Estaduais, por força da cláusula de reserva de plenário (*full bench*) do artigo 97 da Constituição Federal. Violação ao artigo 97 da Magna Carta e inobservância da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

2. A prática de fato definido como crime doloso, independentemente de existir decisão condenatória transitada em julgado, constitui falta grave, não havendo falar em violação ao princípio da presunção de inocência.

Esta CORTE, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANIFESTAÇÃO SOBRE REPERCUSSÃO GERAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. ART. 52 DA LEP. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO PARA CARACTERIZAÇÃO DA FALTA GRAVE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. RELEVÂNCIA JURÍDICO-SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Trata-se do Tema 758 (*Necessidade de condenação com trânsito em julgado para se considerar como falta grave, no âmbito administrativo carcerário, a prática de fato definido como crime doloso*).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do presente Recurso Extraordinário, conforme Parecer que recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FALTA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. SANÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO INADEQUADA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. PRECEDENTES DO STF. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

Este é o relato do essencial.

1. Considerações iniciais e fundamentos para o acolhimento da tese da desnecessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para fins de reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave consistente na prática de fato definido como crime (art. 52, da LEP).

A questão constitucional de que trata o presente Recurso Extraordinário consiste em saber se o reconhecimento da prática de infração disciplinar de natureza grave prevista no art. 52, *caput*, da Lei de Execução Penal, consistente na " *prática de fato previsto como crime doloso* ", dependeria da

existência de sentença penal condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

No que se refere ao problema em apreço, deve-se, de antemão, pontuar que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, dentro de certos parâmetros, a sua moderada relativização, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, podendo a lei ou a decisão judicial, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de mitigação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, sublinhei em obra de minha autoria (ALEXANDRE DE MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral – doutrina e jurisprudência*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, pp. 27-28):

[...] Relatividade dos direitos humanos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié (*Derecho constitucional* . 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123) afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles *operem dentro dos limites impostos pelo direito* .

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que

"toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração".

Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal afirma que um direito individual "não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas" (RT , 709/418). Da mesma maneira, diz o Superior Tribunal de Justiça que

"está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum* , por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas" (6ª T. – RHC n. 2.777-0/RJ – rel. Min. Pedro Aciole – *Ementário STJ* , 08/721).

Ressalte-se, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdade individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam "adequadas" e justificadas pelo interesse público e atendam "ao critério da razoabilidade". Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a *necessidade* de sua utilização, bem como a *razoabilidade* , isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos. [...].

Na jurisprudência e na doutrina pátrias, o tema em discussão neste Recurso Extraordinário há tempos suscita debates.

Entretanto, entendo que não é preciso haver o trânsito em julgado da condenação criminal para o fim de ser reconhecida a falta grave consistente

na prática de fato previsto como crime doloso (art. 52, "caput", primeira parte, da LEP).

Passo a arrolar as razões do meu convencimento.

De início, verifica-se que a jurisprudência da CORTE é firme no sentido de que não é necessário haver trânsito em julgado.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes, de ambas as Turmas e do Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Ementa : EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE.

1. A prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal, caracterizador de lavagem de dinheiro, acarreta a regressão de regime.

2. A regressão para o regime fechado foi determinada após o pleno exercício do direito de defesa pelo sentenciado.

3. A afetação da matéria ao Plenário do STF, em sede de repercussão geral, não impossibilita a análise de incidente da execução penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

Trecho do Voto condutor : [...] **Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência consolidada no sentido de que a regressão de regime pela prática de fato definido como crime doloso, no curso da execução penal, não depende do trânsito em julgado da respectiva ação penal.** [...]

(EP 16 AgR-terceiro/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 20/09/2017);

Ementa : *HABEAS CORPUS* . PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRÁTICA DE NOVO CRIME. ART. 118, I, DA LEI 7.210 /1984. REGRESSÃO DE REGIME.

1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter

substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

2. O art. 118, I, da Lei 7.210/1984 prevê a regressão de regime se o apenado "praticar fato definido como crime doloso ou falta grave".

3. Para caracterização do fato, não exige a lei o trânsito em julgado da condenação criminal em relação ao crime praticado. Precedentes.

4. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito.

(HC 110.881/MT, Rel. Min. MARCO AURELIO, Redator(a) para acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/08/2013);

Ementa : PENAL. *HABEAS CORPUS* . PRÁTICA DE CRIME DOLOSO PELO CONDENADO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. DESNECESSIDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PRECEDENTES DO STF. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei de Execução Penal não exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, bastando, para tanto, que o condenado tenha "praticado" fato definido como crime doloso (art. 118, I da LEP).

2. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus* .

(HC 97.218/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 29/05/2009);

Ementa : PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* . REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME. SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. ARTS. 111 E 118 DA LEI 7.210/84. REMIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 9 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VETOR ESTRUTURAL. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA.

I - A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime.

II - A prática de "fato definido como crime doloso", para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva.

III - A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena.

IV - A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana.

V - Incidência do teor da Súmula vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal quando à perda dos dias remidos.

VI - Ordem denegada.

(HC 93.782/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 17/10/2008).

O mesmo raciocínio pode ser aferido do seguinte julgado, em que consignado que a oitiva do reeducando, no incidente de apuração de falta grave, teria em vista justamente suprir a necessidade de exaurimento da via judicial penal para o julgamento do fato previsto como crime doloso:

EMENTA : Recurso ordinário em *habeas corpus* . Execução penal. Falta grave. Prática de fato definido como crime doloso (art. 52 da Lei nº 7.284/10). Ausência de prévia ouvida do recorrente (art. 118, §2º, da Lei nº 7.210/84). Irrelevância. Condenação transitada em julgado. Impossibilidade de o juízo das execuções rescindir ou contrariar essa decisão. Exercício pelo recorrente do direito à ampla defesa no processo em que definitivamente reconhecida sua responsabilidade penal por aquele fato. Nulidade inexistente. Recurso não provido.

1. Nos termos do art. 118, §2º, da Lei nº 7.210/84, é obrigatória a prévia ouvida do condenado, para fins de regressão de regime prisional, quando da prática de fato definido como crime doloso ou falta grave.

2. Diante do trânsito em julgado da condenação do recorrente por crime doloso, cuja prática ensejou o reconhecimento de falta grave (art. 52 da Lei nº 7.210/84), inócua seria a determinação de sua prévia ouvida pelo juízo das execuções, uma vez que esse não tem poderes para contrariá-la ou rescindi-la.

3. Se a finalidade da audiência prevista no art. 118, §2º, da Lei das Execuções Penais é oferecer ao condenado a oportunidade de justificar a prática do fato definido como crime doloso ou demonstrar que ele não ocorreu, no caso concreto, ela perdeu seu objeto, diante do reconhecimento, em definitivo, da responsabilidade penal do recorrente pelo crime doloso cuja prática ensejou o reconhecimento da falta grave.

4. Ausência, ademais, de prejuízo, uma vez que o recorrente exerceu o direito à ampla defesa no processo em que foi definitivamente reconhecida sua responsabilidade penal.

5. Nulidade inexistente. Recurso não provido.

(RHC 126.919/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 30/04/2015).

Em sede de decisões monocráticas, igualmente, muitos são os julgados entendendo pela desnecessidade do trânsito em julgado. Nesse sentido, exemplificativamente: HC 182.394/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 11/03/20; RHC 169.101/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 22/3/19; HC 136.947/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 25/05/18; ARE 714.558/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 13/12/13; ARE 753.428/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 5/7/13; AI 847.996/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 14/6/11; RE 605.372/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 2/2/10.

Em casos outros, preferiu-se reputar haver questão meramente infraconstitucional (RE 1.180.974/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 18/12/18; RE 634.916/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 27/2/13; AI 845.498/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 1º/9/11; AI 840.384/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 2/5/11), ou pendente de julgamento na sistemática de repercussão geral, sem enfrentamento do mérito da causa (ARE 1.063.897/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 23/8/17; ARE 943.229/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 14/2/17; ARE 845.412/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 16/9/16; ARE 948.624/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 5/9/16; ARE 942.117/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 29/8/16; ARE 815.013/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, j. 25/8/16; ARE 936.831/SC, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 5/2/16).

Noutros casos, ademais, entendeu-se haver violação ao princípio da reserva de plenário (Rcl 16.416/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 28/4/15; Rcl 16.001/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 5/8/14; Rcl 16.307/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 27/3/14; Rcl 13.116/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 12/12/12; Rcl 13.563/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 9/4/12; Rcl 10.818/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 25/6/12; Rcl 12.898 MC/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 9/11/11).

Ainda, em similitude ao presente caso, no ARE 655.813/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 23/9/13, foi dado provimento ao agravo para determinar a reautuação dos autos como Recurso Extraordinário, a fim de se discutir o mesmo problema ora examinado.

Ressalva-se, contudo, o respeitável entendimento do Min. MARCO AURÉLIO, contrário à corrente amplamente majoritária na CORTE,

conforme Voto vencido proferido no HC 110.881/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) para acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/08/2013, do qual transcrevo o seguinte trecho:

[...] Quanto à concessão da ordem de ofício, há de observar-se que, no ápice da pirâmide das normas jurídicas, fica a Constituição Federal e desta consta, como princípio, o da não culpabilidade. Então, a única interpretação cabível considerado o disposto no artigo 118, inciso I, da Lei de Execuções Penais é ter-se, necessariamente, para que se assente haver o reeducando cometido falta grave consubstanciada na prática de ato definido como crime doloso, pronunciamento judicial precluso na via da recorribilidade. [...]

Ainda digna de nota, apesar de não haver encontrado eco na jurisprudência que se sucedeu no STF, o entendimento adotado na Rcl 10.492 MC/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, j. 9/11/10, no sentido de que exigir o trânsito em julgado da condenação penal seria forma de interpretar a norma da LEP, sem, contudo, reputá-la inconstitucional, seria mera aplicação do art. 118, I, da LEP, "[...] *mas com determinada interpretação.* ".

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria também é pacífica, em perfeita conformidade com o entendimento prevalente no STF, tanto que a Corte da Cidadania, no REsp 1.336.561/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. p/ acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 3ª Seção, DJe de 01/04/14, reconheceu em sede de recurso representativo de controvérsia, o seguinte:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.
ARTIGO 543-C DO CPC. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE.
FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM
JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.
DESNECESSIDADE.

1. O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

2. Recurso especial representativo de controvérsia provido para afastar a nulidade proclamada e reconhecer a prática de falta grave independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1.336.561/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. p/ acórdão Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 3ª Seção, DJe de 01/04/14).

Nesse exato sentido, veio a ser editada a Súmula 526, do STJ (" *O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.* ").

Na doutrina, igualmente, é bastante difusa a tese de que não é preciso haver trânsito em julgado para o reconhecimento da falta grave consistente na prática de fato definido como crime.

A esse propósito, cito as lições de JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI (Execução Penal, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 148):

[...] Não se referindo a lei à "condenação", mas à "prática de fato previsto como crime", a aplicação da sanção disciplinar independe de que o fato esteja ainda sendo objeto de inquérito ou ação penal, devendo apenas ser obedecidos a lei e o regulamento referentes ao procedimento disciplinar para que a sanção seja imposta.

É expressa a lei no sentido de que, havendo a prática de crime, devem ser instaurados os dois processos (penal e administrativo) de que resultarão as sanções das duas espécies. Não se trata, evidentemente, de violar o princípio *non bis in idem*, pois de acordo com a melhor doutrina, constituem-se infrações a ordenamentos jurídicos diversos (de direito penal e de execução penal), como aliás ocorre também com a aplicação de sanções penais e civis quando da prática de crime de que resulta prejuízo. O condenado, aliás, em decorrência do mesmo princípio, pode também ser sujeitado à sanção civil pelos eventuais danos causados em decorrência de falta disciplinar. [...].

Em semelhante toada, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, ao examinar o art. 118, I, da LEP (que também prevê o conceito de "prática de fato definido como crime", para fins de regressão de regime), assinala a desnecessidade

de trânsito em julgado. Nas palavras do autor (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* , vol. 2, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 302):

Art. 118. [...] (Nota 269) Prática de fato definido como crime doloso ou falta grave: a relação das faltas graves consta do art. 50 desta Lei. Por outro lado, cometer um fato (nota-se que se fala em *fato*, e não em *crime*, de modo que não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória) definido em lei como crime doloso (despreza-se o delito culposo para tal finalidade), conforme a gravidade concreta auferida pelo juiz, pode levar o condenado do aberto ao semiaberto ou desse para o fechado, bem como do aberto diretamente para o fechado.

Também RENATO MARCÃO entende pela desnecessidade de sentença condenatória transitada em julgado para o reconhecimento da falta grave consistente na prática de fato previsto como crime doloso, conforme o excerto seguinte de sua obra (*Lei de Execução Penal Anotada*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148):

Princípio constitucional da presunção de inocência

Se a falta grave consistir na prática de crime doloso, para a imposição de sanção disciplinar não é preciso esperar o início da ação penal correspondente e menos ainda o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Basta a apuração com as garantias da ampla defesa e do contraditório, e não é possível enxergar, por aqui, qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO ressalta ser corrente na jurisprudência o entendimento de que não é necessário haver sentença penal condenatória definitiva para o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave prevista no art. 52, da LEP. Nesse ponto, vale também destacar a ressalva feita pelo referido jurista no caso de superveniência de sentença penal absolutória. De acordo com o autor (*Curso de Execução Penal* , São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019):

Entende-se como falta grave a prática de fato previsto como crime doloso (art. 52 da LEP). Dito de outro modo, a primeira modalidade de falta grave é aquela em que a conduta do apenado está definida

como crime doloso, excluídas, por razões de taxatividade, as contravenções penais. Nesses casos, por motivos óbvios, o cometimento do delito implicará dupla consequência de natureza diversa. Por um lado, responderá normalmente pela prática do crime no âmbito da justiça criminal, podendo vir a sofrer nova condenação. Por outro lado, o mesmo ilícito repercutirá no âmbito da execução penal, aqui entendido normativamente como falta grave, dando ensejo ao procedimento disciplinar e sujeitando o indivíduo às sanções e consequências executórias dessa irregularidade por ele perpetrada.

Os tribunais brasileiros, de forma reiterada, entendem pela absoluta independência entre esses dois planos, isto é, o reconhecimento da falta grave em sede de execução prescinde de qualquer decisão criminal condenatória transitada em julgado. Dito de outro modo, as apurações administrativo-disciplinares das faltas, bem como a imposição de suas respectivas sanções e efeitos, ocorrerão a despeito do andamento ou conclusão do procedimento criminal correlato. Parece ser prudente, contudo, que eventuais dissintonias entre as instâncias possam ser corrigidas, principalmente em casos de julgamentos de improcedência da ação penal. Tendo em vista a própria dimensão de ampla cognição da esfera criminal, caso o apenado seja absolvido do delito imputado deverá ser cancelada a falta grave que lhe foi imposta, cessando, por via de consequência, todos os seus efeitos.

Em amparo ao entendimento ora acolhido, cumpre também citar as lições de NORBERTO AVENA (*Execução Penal* , 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019):

[...] Prática de fato previsto como crime doloso (art. 52 da LEP)

[...]

A lei não exige condenação do indivíduo para que esteja caracterizada a falta grave. Basta, com efeito, a *prática do fato definido como crime doloso* , sendo isso o bastante para ensejar a aplicação de sanção disciplinar ao sentenciado. Muito embora alguns sustentem que tal situação acarreta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, **prevalece o entendimento oposto, qual seja, o de que o incidente executório de configuração de falta grave decorrente do cometimento do crime doloso não requer a prévia condenação transitada em julgado, o que, fosse exigido, reduziria a um nada a efetividade do processo de execução criminal [...]** **considerando o tempo demandado para a solução do processo criminal instaurado para apuração do novo crime.** Além disso, compreende-se que a aplicação de sanção disciplinar em consequência

da falta grave cometida não implica, de modo algum, a discussão a respeito da culpabilidade do indivíduo, relevando apenas o seu desmerecimento diante da conduta praticada. Essa orientação, no âmbito do STJ, está sedimentada por meio da Súmula 526, dispondo esta que "o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato". [...]

Além do peso da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, a par da doutrina já citada, o reconhecimento de uma falta grave, no curso da execução penal, com a aplicação de seus consectários, deve atentar para o contexto de interação comunicativa entre o Estado e o indivíduo sujeito à aplicação da pena.

Com efeito, em casos tais, a sanção somente tem razão de ser se for aplicada de forma pronta, resguardados o devido processo legal e o direito de defesa, para fazer sentido no curso da evolução do cumprimento da pena. Nesse sentido, acentuaram JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI (Execução Penal, 12^a ed., São Paulo: Atlas, 2014):

*[...] **As sanções disciplinares devem ser aplicadas com toda a possível presteza, sem o que ficaria comprometida a eficácia da punição e anulados seus efeitos preventivos e ressocializadores.** Realmente, logo que cometida a falta, o faltoso não terá tido tempo ainda de racionalizar os motivos de sua conduta, racionalização essa que, se não tiver como efeito transformar a falta em ato meritório, pelo menos a justificará ou, em último caso, a desculpará. Assim, o faltoso que, logo após o fato, teria recebido a punição com proveito, transcorrido o tempo, se não tiver feito aquela racionalização, terá, pelo menos, esquecido a ilicitude, a reprovabilidade do fato; de qualquer modo, sentirá a punição senão como injusta, pelo menos como desnecessária, inoportuna (cf. MIOTTO, Armida Bergamini. Ob. cit. p. 354). Diante da demora na aplicação da punição, o mesmo ocorrerá, aliás, com os demais condenados, que poderão considerá-la injusta nessa ocasião, embora no primeiro momento a tivessem como acertada. Por isso, dispõe a lei que, 'praticada a falta, deverá ser instaurado o procedimento para a sua apuração' (art. 59, caput, primeira parte).*

A lei prevê que a aplicação da sanção disciplinar deve obedecer ao procedimento adequado para sua apuração, conforme o regulamento. Trata-

se da institucionalização do princípio da garantia jurisdicional, ou seja, de se prever o procedimento de acordo com normas jurídicas escritas. Cabe à lei local ou ao regulamento da prisão prever o devido processamento, podendo estabelecer ritos diversos quanto à natureza da falta ou das sanções aplicáveis ao fato, respeitados o direito de defesa [...] e a exigência de decisão motivada [...]. O procedimento poderá ser oral ou escrito, recomendando-se evidentemente este último para a hipótese de apuração de faltas graves.

Concluído o procedimento disciplinar, reconhecida a falta grave e aplicada a sanção correspondente pela autoridade administrativa, incumbelhe a comunicação ao juiz da execução. Recebida a comunicação, não se justifica a instauração de novo procedimento, agora judicial, destinado à apuração da mesma falta. **É muito clara a Lei no sentido de que a apuração de falta disciplinar e a aplicação da sanção cabível inserem-se nas atribuições da autoridade administrativa (art. 59) e não nas competências do juiz da execução (art. 66).** Embora a falta disciplinar de natureza grave, além da imposição da sanção administrativa, possa acarretar outras consequências legais, como a regressão de regime (art. 118, I) e a perda de direito à remição (art. 127), que devem ser declaradas judicialmente, não prevê a Lei, expressamente, a necessidade de uma decisão judicial homologatória do procedimento administrativo. Todavia, recebida em juízo a comunicação da falta e da sanção aplicada, deve o juiz conceder oportunidade ao Ministério Público e à defesa para se manifestarem e requererem o que entenderem cabível.

A Lei confere ao juiz a função de controle de legalidade da atividade da administração, incumbindo-lhe coibi-la, repará-la ou adequá-la sempre que exercida em desconformidade às normas legais ou regulamentares ou ao estatuído na sentença condenatória (arts. 2º e 66, VI). Autorizado está o juiz, portanto, a desconstituir a decisão ou todo o procedimento administrativo, na hipótese de se evidenciar qualquer ilegalidade ou abuso, como nos casos de supressão do direito de defesa, de falta de motivação da decisão, de ausência de previsão legal da falta, de absoluta ausência de prova de sua ocorrência ou autoria, de aplicação de sanção incabível na espécie, de incompetência da autoridade etc. Esse controle deve ser exercido de ofício pelo juiz ou por provocação do Ministério Público, do sentenciado ou seu defensor ou, ainda, de qualquer dos demais legitimados a suscitar incidente de excesso ou desvio de execução (art. 186). **Tratando-se, porém, de regular procedimento e de válida decisão, é defeso ao juiz ingressar livremente no mérito da decisão e invadir a esfera de discricionariedade assegurada pela lei à autoridade administrativa.** O controle judicial pode e deve ser exercido

em sua plenitude com relação à legalidade do procedimento disciplinar, abrangendo, portanto, todos os aspectos em que a atividade administrativa é vinculada. **Não pode proceder o juiz à revisão de mérito da decisão para fazer prevalecer a sua apreciação subjetiva e a sua convicção pessoal sobre os juízos valorativos que tenham sido formulados pela autoridade dentro dos limites de sua discricionariedade fixados pela lei.** Essa limitação não impede o juiz de examinar os fatos e as provas produzidas no procedimento para verificar a ocorrência eventual de desvio ou abuso da autoridade no julgamento da falta disciplinar ou na aplicação da sanção, porque nessas hipóteses, extrapolada a margem de discricionariedade, há violação das normas legais. É lícito, assim, ao juiz desconstituir a decisão que julgou configurada a falta disciplinar na absoluta ausência de prova de autoria, **mas não lhe é permitido anulá-la, embora fundamentada em prova existente e ponderável, por entender que não seria esta tão robusta e convincente, a seu critério, para justificar a punição**. Pode o juiz anular a decisão pela ausência de motivação quanto à opção e dosagem da pena, mas não deve reduzi-la simplesmente por entender, pessoalmente, que seria ela muito rigorosa em face das circunstâncias que devem nortear a sua aplicação (art. 57 da LEP).

Concedida oportunidade de manifestação ao Ministério Público e à defesa e verificada a regularidade do procedimento disciplinar que culminou com o reconhecimento da falta grave e a imposição da sanção administrativa, deve o juiz declarar os efeitos previstos em lei que dependem do provimento judicial. Na praxe, é frequente a prolação de uma decisão homologatória do procedimento, pela qual reconhece o juiz a correção do procedimento e sua aptidão para gerar aqueles efeitos legais que dependem de declaração judicial. Para o fim de regressão de regime, impõe-se-lhe, porém, ouvir previamente o sentenciado (art. 118, §2º).

Na hipótese prevista no art. 52, caput, concluído o procedimento, deve ser requerida ao juiz a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, que decidirá após manifestação do Ministério Público e da defesa, nos termos do art. 54, §§1º e 2º [...].

[...]

A necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, bem como da defesa técnica, não implica, porém, a exigência de adoção no procedimento administrativo disciplinar de todos os ritos e fórmulas previstos na lei processual para os procedimentos relativos à ação penal condenatória. Cabendo à lei local e ao regulamento a normatização do

processo disciplinar, as regras a serem editadas devem assegurar com suficiência os mencionados princípios, nada impedindo, porém, a previsão de ritos simplificados. Já se decidiu, por exemplo, que a ausência do preso ou de defensor na oitiva de testemunha não é razão suficiente para a anulação do procedimento se não se demonstrou a ocorrência de prejuízo. [...].

Sobre a importância de resposta célere ao cometimento da falta grave no curso da execução penal, o que encontraria óbice na exigência do trânsito em julgado na esfera penal, a Min. ROSA WEBER, no julgamento do HC 110.881/MT, bem ressaltou:

[...] Prevê o art. 118, I, da Lei 7.210/1984 a regressão de regime se o apenado “praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”. Já o art. 52 do mesmo diploma legal equipara o crime doloso à falta grave para fins disciplinares. Não impõe, a lei de regência, o trânsito em julgado da condenação criminal em relação ao novo crime praticado. Tal exigência, frente à usual demora do processo judicial, terminaria inclusive por frustrar a própria teleologia da norma. A prática de novo crime ou falta grave no curso da execução da pena reclama uma reação imediata do Poder Público, sob pena de inviabilização da disciplina penitenciária e do sistema de mérito e demérito que lhe é inerente. Se exigido o trânsito em julgado de condenação pelo crime caracterizador da falta grave, a reação perder-se-ia no tempo, com a real possibilidade de sua ocorrência quando já cumprida a pena em execução.

A título exemplificativo, cogite-se de preso responsável por atentado, na prisão, à vida de agente penitenciário ou de outro preso. De toda necessária reação imediata, com a imposição das sanções disciplinares cabíveis, inclusive a regressão de regime, sem que tal implique violação do princípio da presunção de inocência. [...]

(HC 110.881/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) para acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/08/2013).

Aguardar por vários anos o esgotamento de todas as instâncias judiciais implicaria o esvaziamento das razões de aplicação da sanção administrativa correlata à prática de falta grave. Em verdade, o trânsito em julgado é fundamental para o reconhecimento da prática ilícita para fins penais, tal como para o reconhecimento dos institutos da reincidência e para a

definição de uma nova dosimetria penal, mas não para a aplicação da sanção administrativa atrelada à prática de falta grave consistente na prática de fato definido como crime.

Afora os argumentos anteriormente apresentados, cumpre ressaltar que, a despeito da peculiar relevância da sanção aplicada em decorrência de infrações disciplinares de natureza grave praticadas pelo preso, tal reprimenda não tem a natureza de pena criminal.

Ao contrário, é sanção administrativa que Juiz de Direito responsável pela execução penal do réu deve aplicar ou supervisionar. Daí que sofre a influência do princípio da independência entre as instâncias civil, administrativa e penal, já consagrado em anteriores ocasiões pelo STF. Invoco, uma vez mais, as considerações da Min. ROSA WEBER, no julgamento do HC 110.881/MT:

[...] Há que diferenciar as consequências disciplinares e as sanções penais decorrentes da prática de novo crime no curso de execução da pena por condenação anterior.

A aplicação das sanções penais pela prática do novo crime, usualmente pena privativa de liberdade, está sujeita ao processo penal, com as garantias a ele inerentes, inclusive a presunção de inocência. Já a aplicação das sanções disciplinares por força da prática de novo crime submete-se a processo administrativo disciplinar, com as garantias próprias.

A prática de novo crime constitui incidente na execução de pena imposta após julgamento condenatório, em que garantido ao réu o devido processo legal, com a observância da presunção de inocência em seus dois aspectos. Isso no tocante à condenação em execução, sendo oportuno lembrar que a presunção de inocência tem lugar antes, e não depois do julgamento condenatório. De outra parte, se, no curso da execução da pena, o condenado pratica falta grave, há consequências disciplinares, inclusive a possível regressão de regime. Acaso a falta grave também tipifique crime, o condenado sofrerá consequências na execução da pena pela condenação preexistente, e igualmente responderá a novo processo penal tendo por objeto o novo crime. As consequências disciplinares não constituem sanções imponíveis ao novo crime, mas sim pertinentes à execução da pena imposta pela condenação pelo crime anterior.

Nesse contexto, não há falar em punição antecipada pelo novo crime cometido, já que a regressão é sanção disciplinar decorrente de incidente na execução da pena pela condenação preexistente, tendo a presunção de inocência operado antes do juízo condenatório. [...]

(HC 110.881/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) para acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/08/2013).

Ademais, não se trata de condenação por "verdade sabida", o que não mais se admite na ordem constitucional vigente, uma vez que é inolvidável a exigência do devido processo legal na esfera da execução da pena, inclusive com a garantia de que o preso poderá exercer a sua autodefesa e a sua defesa técnica.

Fora isso, a previsão legal de "*fato definido como crime*" (art. 52, da LEP) não precisa ser necessariamente entendida como sinônimo de "crime". Ao contrário, o primeiro conceito pode assumir uma feição adstrita ao campo da tipicidade, sem a aplicação de outros elementos caracterizadores do ilícito penal e dos quais depende a condenação na esfera penal. Veja-se, a propósito, a vertente interpretativa que se vislumbrou na Rcl 16.416/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 28/4/15, ao ser aduzido que, a depender da interpretação empreendida, nem sequer caberia falar em violação ao princípio da reserva de Plenário (art. 97, CF, e Súmula Vinculante n. 10):

[...] Ao condicionar a falta grave pela prática de fato previsto como crime doloso ao trânsito em julgado da condenação, o órgão fracionário, em confronto com a cláusula constitucional de presunção da inocência, restringiu o âmbito de incidência da norma, em atividade característica de controle de constitucionalidade.

Percebe-se que o órgão fracionário declarou a inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 52 da LEP, pois reconheceu inconstitucional qualquer interpretação da norma que permita a aplicação de falta grave pela prática de fato previsto como crime doloso sem o anterior trânsito em julgado da condenação por este delito.

Embora admita-se duas interpretações possíveis do dispositivo em comento, aquela que declara a inconstitucionalidade, ainda que sem redução de texto, exige a observância da cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97).

Outra interpretação em tese possível, de nível infraconstitucional – e portanto, admitida sua realização pelo órgão fracionário –, é aquela segundo a qual a caracterização da prática de fato previsto como crime doloso não exige a condenação com trânsito em julgado. É

que a prática de fato previsto como crime não coincide com a realização do crime em si. É dizer, para a prática do fato previsto como crime basta o preenchimento dos elementos normativos do tipo – juízo de tipicidade –, ao passo que a prática do crime exige a ilicitude da conduta e a culpabilidade do agente.

Desse modo, a condenação com trânsito em julgado exige um grau de cognição maior do que aquele necessário para a configuração da falta grave, que prescinde das demais categorias do delito, exigindo somente a tipicidade.

Portanto, diante das duas interpretações possíveis ao artigo 52 da LEP, o órgão fracionário de tribunal que reconhece a inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 52 da Lei de Execuções Penais deixa de observar a cláusula de reserva de plenário, e, conseqüentemente, o enunciado vinculante n. 10. [...]

(Rcl 16.416/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 28/4/15).

Vale, por fim, ressaltar que a morosidade (decorrente de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória) levaria ao esvaziamento dos propósitos da execução penal (aplicando sanção disciplinar em contexto diverso daquele em que faria sentido). Embora assim o seja, nada obsta a revisão da falta grave em caso de superveniente absolvição na esfera penal.

2. Julgamento do caso concreto (Recurso Extraordinário)

No caso concreto, o Tribunal de Justiça de origem, ao negar provimento ao Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público estadual, entendeu que apenas a condenação com trânsito em julgado faz presente a "prática de crime doloso" prevista no art. 52, da LEP, sob pena de agredir o princípio da presunção de inocência.

Portanto, não teve em conta o entendimento prevalente no STF, e que agora deve ser reafirmado.

Logo, dou provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público para cassar o acórdão combatido, a fim de que outro seja proferido, considerando a tese jurídica ora fixada, pela qual o reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso, no curso da execução da pena do sentenciado, não depende do trânsito em julgado de sentença penal condenatória relacionada ao fato, ressalvada a prevalência da esfera penal em caso de absolvição .

3. Solução final adotada. Fixação de tese para fins de repercussão geral.

Diante dessas considerações, voto pelo **provimento do Recurso Extraordinário**, com fixação da seguinte Tese, para fins da sistemática da repercussão geral em relação aos casos que tratem ou venham a tratar do Tema 758:

" O reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso, no curso da execução da pena do sentenciado, não depende do trânsito em julgado de sentença penal condenatória relacionada ao fato, ressalvada a prevalência da esfera penal em caso de absolvição. "

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/11/2012