

## VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de Recurso Extraordinário inserido na Sistemática da Repercussão Geral em 8 de agosto de 2014, em acórdão cuja a ementa assim consignou:

“RECURSO EXTRADORDINÁRIO. 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 JURÍDICOSOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Na origem, o recurso foi interposto contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS, cuja ementa foi assim vazada:

“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)”

Conforme consta dos autos, o sentenciado foi preso em flagrante delito sob a acusação da prática do crime previsto no art. 157, *caput*, e art. 14, II, ambos do Código Penal - CP, no curso da execução da pena. O Ministério Público do Rio Grande do Sul requereu a instauração de procedimento administrativo disciplinar e a suspensão dos benefícios externos. O Juízo da execução, por sua vez, acolheu apenas o segundo pleito, tendo rejeitado o primeiro por entender que “só se pode falar, portanto, em prática de novo delito (e as consequências deste) após sentença condenatória irrecorrível”.

Neste RE, interposto com fundamento no art. 102, III, **a**, da Constituição Federal - CF, o MPRS aduz que:

“[...] a matéria levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal diz com a constitucionalidade da imposição da falta grave

pela prática de fato definido como crime doloso, prevista nos artigos 52, caput, e 118, inciso I, da LEP (Lei de Execuções Penais), em face do princípio constitucional da presunção de inocência, o que se trata de questão capaz de influir concretamente e de maneira generalizada, em uma grande quantidade de casos.

Cuida-se, assim, de questão apta a influir em todas as decisões em execução penal pertinentes à prática de crimes dolosos por apenados, sendo manifesta a sua relevância jurídica”

Quanto ao mérito, alega que a prática de fato definido como crime doloso, independentemente da existência de sentença condenatória transitada em julgado, constitui falta grave, o que não viola o princípio da presunção de inocência.

Os autos foram distribuídos primeiramente à minha relatoria, quando então, muito embora inviável o recurso sob o prisma da violação ao art. 97 da CF, foi reconhecida a existência de repercussão geral “no ponto em que se controverte a respeito da constitucionalidade de condicionar-se, ou não, à existência de sentença penal condenatória transitada em julgado para, em face da prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal - que a lei define com falta grave (LEP, art. 52) -, impor-se a regressão de regime prisional”.

Desse modo, dei provimento ao agravo e determinou a reautuação do feito como recurso extraordinário.

Posteriormente, os autos foram redistribuídos ao Ministro Edson Fachin.

Bem examinados os autos, preliminarmente, observa-se estar superada a matéria no que toca à ofensa ao art. 97 da CF e à súmula vinculante 10, que assim informa:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionado de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. “

Isso porque, a despeito da violação ao comando vinculante, a matéria possui repercussão geral reconhecida.

Quanto ao mérito, a matéria levada ao conhecimento deste Supremo Tribunal Federal discute a constitucionalidade da imposição da falta grave pela prática de fato definido como crime doloso, prevista no art. 52, *caput*, e art. 118, I, da LEP (Lei 7.210/1984), em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

Prevê o referido art. 118, I, da LEP 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.

Inicialmente, observo que tem prevalecido no âmbito desta Suprema Corte o entendimento quanto à prescindibilidade do trânsito em julgado da condenação para que seja caracterizada a ocorrência de falta grave.

A título ilustrativo, destaco o julgamento do HC 110.881/MT. Naquele julgado, o Ministro Marco Aurélio, relator, votou pela necessidade do trânsito em julgado, manifestando-se nos seguintes termos:

“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. Eis o que previsto no citado inciso: 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; [...] Ante o quadro, concedo a ordem de ofício para restabelecer o regime semiaberto no tocante ao cumprimento da pena imposta, ante o crime referido – de tráfico ilícito de entorpecentes –, pelo Juízo da 4ª Vara – Execuções Penais de Rondonópolis/MT.”

Contudo, o Ministro relator ficou vencido, tendo prevalecido o entendimento de que, para caracterização da ocorrência capaz de repercutir da execução da pena, a lei não exige o trânsito em julgado da condenação

criminal em relação ao crime praticado. Dessa forma, o acórdão restou assim ementado:

“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.”

Naquela oportunidade, a Ministra Rosa Weber, redatora para o acórdão, assentou

“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 todo 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.

Tal postulado, a rigor presunção de não culpabilidade, é sem dúvida princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito, conquista da humanidade cuja origem perde-se no tempo, e atua tanto uma regra de prova quanto como escudo contra a punição prematura.

Como regra de prova, a melhor formulação é o *standard anglosaxônico*, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável. Como escudo contra sanções penais prematuras, em absoluto impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final do processo, exigindo apenas sejam necessárias e não prodigalizadas.

Nenhum desses aspectos encontra-se em questão no presente caso. 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. “ (grifei)

De fato, é recorrente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a falta grave pode resultar na regressão de regime prisional do apenado, a critério do magistrado competente, se calcada nos elementos produzidos nos autos, desde que observados o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo respectivo.

Isso porque a falta grave cometida – prática de crime doloso – não necessita de sentença condenatória para ser reconhecida no âmbito

administrativo, por expressa previsão na LEP e também dizer respeito a condutas autônomas e independentes. A própria lei faz referência à “prática” de crime doloso e não à “condenação” por crime doloso.

Dessa maneira, a prática dessa espécie de delito constitui falta grave e, nos termos da LEP, sujeita o apenado à sanção disciplinar, sem que se fale em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Colho da doutrina a lição de Carlos Vico Manhães, Sérgio Mazina Martins e Tatiana Viggiani Bicudo:

“As hipóteses de regressão de regime – isto é, de desajuste ao regime menos gravoso – são taxativas e não admitem ampliação. Mas elas não são automáticas e limitadas a um juízo sobre a sua materialidade e autoria. Por exemplo, não basta que o condenado cometa uma falta grave para que seja regredido: é imprescindível que sua falta seja de tal natureza que revele seu desajuste com o regime semi-aberto ou com o regime aberto. O mesmo pode ser repetido quanto a todas as demais situações do art. 118 da LEP, cujo enunciado – atente-se! – apenas ‘sujeita’ o condenado à regressão em tais ou quais casos, em vez de prontamente dispor a regressão nesses casos. O ‘sujeitar’, aqui, traz a imagem de um ‘expor’, mas não a de um ‘impor’. A lei exige, dessa forma, a experiência do juiz da execução, forçado a ser, então, o juiz da individualização da pena. Em alguns casos, será aconselhável a regressão; em outros casos, eventualmente, encaminhamentos diversos serão mais apropriados. Não se descarta que uma simples transferência de estabelecimento pode ser o quanto concretamente baste.” (In FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui (coords.). Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 588).

No mesmo sentido são outros precedentes da jurisprudência do STF:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REGIME SEMI-ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUGA: QUEBRA DE DEVER DISCIPLINAR. SANÇÃO DE REGRESSÃO AO REGIME FECHADO (ARTS. 50, INC. II, E 118, INCISO I, E §§ 1º E 2º, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS). DIREITO DE DEFESA DO SENTENCIADO. CABIMENTO, PORÉM, DA MEDIDA CAUTELAR DE REGRESSÃO. *HABEAS CORPUS*.

1. Se até antes da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado. Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso. O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena.

2. Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como o previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso.

3. Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. I, §§ 1 e 2 da mesma Lei. É que aí se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta.

4. 'H.C.' indeferido." (HC 76.271/SP, Relator Ministro Sydney Sanches, grifei).

"EXECUÇÃO 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, Relatora Ministra Ellen Gracie, grifei).

No que se refere à prática de fato definido como crime doloso, leciona Guilherme de Souza Nucci

"[...] a relação das faltas graves consta do art. 50 desta Lei. Por outro lado, cometer um fato (note-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 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 semi-aberto ou deste para o fechado, bem como do aberto diretamente para o fechado.” ( *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 501, grifei).

Com efeito, as hipóteses enumeradas taxativamente no inciso I do art. 118 da LEP possuem natureza jurídica de sanção. Essa sanção tem cunho administrativo, uma vez que são aplicadas em decorrência do exercício do controle estatal sobre pessoa já definitivamente condenada.

Por sua vez, a determinação legal do inciso II do art. 118, que trata da soma e da unificação de penas, não possui essência sancionatória, muito embora possa acarretar a regressão do regime. Aqui, a norma visa à exata observância do disposto nos arts. 33 a 36 do Código Penal e tem por escopo a correta individualização da pena, em conformidade estrita aos preceitos constitucionais em geral e ao vetor da dignidade da pessoa humana em especial.

Vê-se, pois, que não é necessário o trânsito em julgado da decisão para a aplicação da regressão de regime, uma vez que não há ofensa ao princípio da presunção da inocência ou violação ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana.

Mesmo no âmbito do STJ, observo a edição da súmula 526, firmando o entendimento de que não se exige o trânsito em julgado relativo ao crime cometido durante a execução:

“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.”

Por fim, destaco que também tenho decidido neste mesmo sentido, quanto à desnecessidade do trânsito em julgado para a imposição de falta grave, como ocorreu nos autos do HC 93.782/RS. A ementa do julgado foi a seguinte:

“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, minha relatoria)

Isso posto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, para a reforma do acórdão proferido pelo TJRS e fixação da tese de que 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.

É como voto.