

EXMO SR. PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HABEAS CORPUS Nº 0035413-74.2023.8.26.000

O Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo Procurador de Justiça infra firmado, nos autos acima epigrafados, vem, **com fulcro no art. 105, II, 'a', da Constituição Federal**, interpor o presente **RECURSO ORDINÁRIO** em face do acórdão de fls. 30/33, requerendo a remessa dos autos ao e. **Superior Tribunal de Justiça**, para o seu julgamento, conforme as razões que passa a expor:

Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

1. O impetrante/paciente, *na inicial*, pediu o afastamento da falta grave reconhecida e da interrupção do lapso para a obtenção de benefícios - a refletir no seu direito de deambulação.

2. Perante o tribunal de origem, **exaramos o parecer de fls. 35/48, ora integralmente reiterado**, propugnando pela **concessão** da ordem, **se o caso ex officio (art. 654, par. 2º., CPP)**, porque **desrespeitada a legislação em vigor (art. 118, par. 2º.,**

LEP) e a jurisprudência tranquila desse e. Superior Tribunal de Justiça (ali amplamente reproduzida).

Propusemos, inclusive, que, no caso de não aceitação do *mandamus* interposto de próprio punho pelo impetrante/paciente/preso, os autos fossem remetidos diretamente a essa e. Corte Superior, já que, nessa hipótese, a autoridade coatora passaria a ser o tribunal paulista, o que fizemos unicamente como forma de economia processual e objetivando à prestação jurisdicional efetiva ao impetrante/paciente/preso.

Sobre esse último ponto, o aresto combatido, **lamentavelmente**, não teceu palavra.

Qual o receio?

O fato parece lembrar, **sempre com a devida vênia**, a menção do eminente advogado criminalista **Antonio Cláudio Mariz de Oliveira**, a quem pedimos licença para mencionar, no sentido de que: *“O problema é que essas decisões não são mais proferidas por (...) desembargadores, mas por seus assessores, destacou o criminalista. Isso ocorre, no mínimo (...), no Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o advogado”* (...) *“Por causa disso, Mariz de Oliveira contou que, nos casos em que atua, entrega dois memoriais: um dirigido ao magistrado e um a seu assessor. Em sua opinião, é mais importante conversar com o assessor do que (...) com o desembargador, já que é aquele servidor quem realmente irá julgar o processo”* (matéria publicada em 02.05.2019, na Revista ‘Consultor Jurídico – *Conjur*’, sob o título “Insegurança Jurídica - Decisões não são mais proferidas por juízes, e sim por assessores, diz Mariz”).

Caberia, por isso, em tese e em princípio,, a interposição de aclaratórios, que, porém, **dispensamos**, optando pela interposição desde logo do presente recurso, já que, **ao fim e ao cabo**, o julgado hostilizado afirmou a legalidade da decisão do juízo singular, *malgrado em dissonância com a lei (art. 118, par. 2º., LEP) e com a jurisprudência copiosa dessa c. Corte Superior, que poderá, ela própria, conceder, se assim o entender, ordem de ofício (art. 654, par. 2º. CPP).*

3. Assim, **insiste-se** na tese exposta **no parecer anterior (fls. 35/48)** e, *de conseguinte*, **no provimento do presente recurso, a fim de reconhecer a nulidade da decisão primeva (e do acórdão que a manteve).**

Neste ponto, remarque-se que é notória a gravidade das consequências acarretadas ao presidiário, a afetar diretamente o seu *status libertatis*, quando se reconhece a ocorrência de falta grave: a) **a regressão a regime mais severo**; b) a interrupção do lapso temporal para a aquisição de novos benefícios; c) a perda de até 1/3 dos dias remidos e a remir.

Portanto, a observância do **devido processo legal** em situação que tal afigura-se como **impostergável garantia do direito de liberdade, nos exatos termos inscritos pelo constituinte no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Constitucional de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”**.

Há que se compreender, aqui, a questão da liberdade no seu sentido mais amplo. Isto porque, embora o paciente já estivesse privado de sua liberdade quando da falta disciplinar que lhe é imputada, **não**

se pode olvidar que os efeitos do reconhecimento de tal infração administrativa são devastadores sobre a liberdade, tornando esta mais distante do horizonte do presidiário.

Então, **tendo sido o paciente regredido ao regime fechado, era de rigor a sua oitiva prévia, consoante o mandamento legal respectivo (art. 118, par. 2º., LEP) e a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, sob pena de nulidade insanável**, sobretudo em se considerando, de mais a mais, que a Carta Magna, no seu artigo 5º, inciso LV, é expressa: **“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**.

Obviamente, há que se recordar, nesse passo, que a ampla defesa desdobra-se em autodefesa e defesa técnica, aquela exercitada pelo próprio sindicado e esta, por profissional habilitado do Direito (advogado, defensor público etc.).

De mais a mais, **oportuno ressaltar a concepção do processo jurisdicionalizado no âmbito da Execução Penal, caracterizado e orientado por uma gama de princípios, como o da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.**

In casu, como visto, **o juízo singular homologou a falta grave atribuída ao paciente -- e, em consequência e em caráter definitivo -- aplicou-lhe as sanções correspondentes: perda de 1/3 dos dias remidos, interrupção do prazo para obtenção de novos benefícios e a regressão de regime - do semiaberto para o fechado.**

E operou essa **regressão definitiva** do paciente **sem a sua oitiva em juízo, afrontando, com isso, como visto, o disposto no**

art. 118, par. 2º., da LEP e a tranquila jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Remarque-se que a **observância dos princípios da execução penal, contidos em diferentes fontes legais, como a Constituição, o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Execução Penal, tratados internacionais, assim como em jurisprudência pacificada das Cortes Superiores, é indispensável** à efetiva tutela dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram em cumprimento de pena.

Trata-se de limitação racional ao poder executório do Estado e de forma de restrição ao rigor punitivo dos apenados, além de ferir o dogma de qualquer interpretação a respeito – *máxime nas condições mencionadas* – deve ser ‘pro homine’; e não o contrário.

O caso, com a devida licença, está a lembrar o vetusto princípio da **less elibigility**, nascido na Inglaterra, *desumano e de há muito superado*, no sentido de que as condições de vivência na prisão assim como o tratamento dos presos têm que ser piores do que as condições de vida da classe trabalhadora externa mais baixa e mais depauperada.

Despiciendo anotar, no particular, que a sanção penal, produzida por meio do *devido processo legal*, **já traz** em si o caráter retributivo e recuperativo considerado **ex lege** necessário, **mostrando-se indevido maior rigor, a configurar verdadeiro excesso de execução, ainda que a pretexto e sob o manto do livre convencimento e/ou convicção decorrente do exercício da jurisdição e da independência funcional que lhe serve de garantia, o que aqui não se discute e nem se põe em xeque.**

Independência funcional, todavia, **é diferente de** **‘liberdade absoluta e total’**.

Dir-se-á que é justamente a (re)discussão dos casos que possibilitará possível mudança da jurisprudência, por isso que não se pode tolher a independência funcional e a própria evolução (ou involução) dos julgados.

Sim, sem dúvida.

Mas desde que o raciocínio venha acompanhado de fundamentação nova, idônea e sensível, ou seja, que não se cuide de motivação de conteúdo vazio e/ou de argumentação e tese já enfrentadas, rebatidas e rechaçadas pela **jurisprudência pacífica, especialmente das Cortes Superiores**, e máxime quando a questão, como in casu, versa **interpretação de matéria não de cunho fático-probatório**, mas **unicamente de direito, a atrair a necessidade da estabilização da jurisprudência e de se evitar insegurança jurídica, com decisões díspares sobre o mesmo assunto**.

Sem generalizar, a situação está chegando a tal ponto que o em. Ministro **Gilmar Mendes**, ao conceder ordem de habeas corpus, advertiu o Tribunal de origem, consignando que a corte paulista costuma ignorar decisões do STF: "Aliás, não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo se comporta como um anarquista institucional e ignora as decisões da Suprema Corte" (AG.REG. NO HABEAS CORPUS 211.607 SÃO PAULO, j. 15.02.2022).

De idêntico modo, em questão parelha, também o i. min. **Edson Fachin**, ao julgar habeas corpus ali aforado, concedeu ordem *ex officio*, para o fim de revogar a prisão preventiva do paciente e, considerada a jurisprudência pacífica daquela Corte Máxima, ordenar que "o TJSP abstenha-se de utilizar, no julgamento de apelação submetida a seu crivo, a fundamentação ora reputada como ilegal (menção à hediondez do delito no

estabelecimento do regime prisional) (HABEAS CORPUS 223.787 SÃO PAULO, j.
06.02.2023, g.n.).

4. Por isso, o presente recurso, para o fim de ver reformada a decisão ora hostilizada, na forma acima exposta e como de direito.

São Paulo, 30 de Novembro de 2023

DANIEL RODRIGUES DE MACEDO
PROCURADOR DE JUSTIÇA