



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.061 - SP (2015/0006361-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TONY LOBIANCO ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FALTA DE CABIMENTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. POSSE DE APARELHO CELULAR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ATO MATERIAL PELO CONDENADO. PRESENTE O CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A atual jurisprudência não tem admitido o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional.

2. Evidenciado que o paciente sequer chegou a ter posse do aparelho celular, tendo a infração sido atribuída apenas pelo fato de sua companheira ter tentado entrar no presídio com o invólucro, inexistindo a prática dos tipos consistentes em "ter posse", "utilizar" e "fornecer", não há que se imputar infração de natureza grave a ele, sob pena de ofensa ao princípio da intranscendência.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para reconhecer a atipicidade da infração de natureza grave imputada ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.061 - SP (2015/0006361-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de **Tony Lobianco Alves**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o paciente cumpre pena na Penitenciária de Martinópolis/SP, local onde a sua companheira, visitante ao presídio, foi surpreendida pelo detector de metais, com um invólucro dentro de sua genitália, contendo uma placa de telefonia celular, juntamente com uma parte da carcaça de um relógio.

Em razão desse fato, foi proferida decisão na Execução n. 543.626 (fl. 39), pelo Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente/SP, tendo como reconhecida a prática de falta grave (posse de placa de aparelho de telefonia celular) por parte do paciente, sendo-lhe decretada a perda de 1/3 (um terço) dos dias anteriormente remidos e determinada a elaboração de novo cálculo de liquidação de penas.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução penal (n. 7014431-75.2013.8.26.0482) e a Décima Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento recurso (fls. 72/88), apenas para ressaltar que o reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios não abrange a comutação, o indulto e o livramento condicional. Esta, a ementa do julgado (fl. 74):

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - Apuração de falta grave consistente em posse de componente de telefonia celular - Ausência de inquirição judicial do sentenciado - Desnecessidade - Oitiva durante procedimento administrativo é suficiente para que o Juiz das Execuções decida sobre a falta disciplinar - Absolvição pretendida - Impossibilidade, pois comprovada a falta em procedimento administrativo regular - Preservado o direito à ampla defesa e ao contraditório - Alegação de que a fundamentação utilizada na sentença não justifica adequadamente a pena imposta - Não cabimento -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Perda de um terço dos dias anteriormente remidos, nos moldes do art. 127 da LEP - Agravo parcialmente provido, apenas para ressaltar que a determinação de reinício da contagem dos prazos para concessão de benefícios não abrange comutação, indulto e livramento condicional (valendo, porém, quanto ao mais, notadamente para progressão de regime prisional)." (fl. 74)

Alega a impetrante que o paciente não foi ouvido em Juízo, e que, ao deixar-se de realizar a audiência pessoal com o paciente, este ficou impedido de influenciar na formação de convicção do Magistrado.

Sustenta inexistirem nos autos provas de que o paciente tenha contribuído de alguma forma para a entrada do aparelho celular no presídio, porquanto o invólucro foi encontrado com sua companheira, não tendo o paciente a posse do aparelho. Assim, alega estar ausente tipicidade da conduta.

Aduz a impetrante a ocorrência de prescrição, uma vez que a suposta falta grave teria sido cometida no dia 22/12/2012, enquanto a decisão de sua homologação e a perda dos dias remidos se deu apenas em 24/9/2013. Afirma que, por se tratar a infração disciplinar de falta administrativa, deve-se aplicar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, em analogia com o art. 142, III, da Lei n. 8.112/1990.

Alega, também, que quando da revogação de 1/3 dos dias remidos, o Julgador fez uma menção genérica à falta grave, não se preocupando em esmiuçar os vetores previstos no art. 57 da Lei de Execução Penal.

Assim, no presente *writ*, a defesa alega, em suma, que: a) houve cerceamento de defesa, uma vez que o apenado não foi ouvido em Juízo; b) a autoria não restou demonstrada; c) a perda de 1/3 dos dias remidos foi decretada sem a devida fundamentação; e d) teria ocorrido a prescrição, pois a falta grave foi homologada após o lapso temporal de mais de seis meses.

Requer, assim, a concessão da ordem nos termos apresentados (fl. 15).

Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 95/97).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 100/126).

Parecer ministerial opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 130/138).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.061 - SP (2015/0006361-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR(RELATOR):

Preliminarmente, é de se destacar que a impetração em análise contraria o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que não se deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio.

Existe, é certo, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, a fim de corrigir eventual flagrante ilegalidade, o que deve ser analisado em cada caso concreto.

Sustenta a impetrante a atipicidade da infração disciplinar imputada ao paciente, uma vez que inexistem nos autos provas de que ele tenha contribuído de alguma forma para a entrada do aparelho celular no presídio, tendo o invólucro sido encontrado com sua companheira.

O art. 50 da Lei n. 7.210/1984, ao prever as hipóteses de infração disciplinar, assim dispõe:

- Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
- I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
 - II - fugir;
 - III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
 - IV - provocar acidente de trabalho;
 - V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
 - VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
 - 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. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007).**

Da atenta análise do acórdão hostilizado, observa-se que o paciente sequer chegou a ter posse do aparelho celular, tendo a infração sido atribuída apenas pelo fato de sua companheira ter tentado entrar no presídio com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

invólucro, inexistindo por parte do paciente a prática dos tipos consistentes em "ter posse", "utilizar" e "fornecer".

Cito trecho do voto do eminente Ministro Moura Ribeiro, no HC n. 241.228/SP, Quinta Turma, DJe 28/3/2014, que em caso semelhante ao dos autos, decidiu que:

[...]

Pelo princípio da intranscendência tem-se que não é possível a propositura ou a extensão dos efeitos de um delito a terceiros, que não tenham participado da conduta. Nessa linha, há como responsabilizar o detento, destinatário da encomenda interceptada, pela conduta praticada por quem a remeteu apenas por ser o destinatário da correspondência. Desse modo, não há como imputar a conduta ilícita ao paciente pois ele não praticou nenhum ato direcionado ao ingresso do equipamento proibido nas dependências do estabelecimento penitenciário, sendo, tão somente, o destinatário da encomenda sobre a qual não se pode afirmar que tinha conhecimento prévio do seu conteúdo.

A afirmação de conluio entre o condenado e sua genitora para a prática da ação que resultou no envio dos dispositivos de comunicação ao estabelecimento prisional, sem apontar a prática de atos materiais pelo detento na ação ilícita, passa por sobre as garantias constitucionais, sobretudo a que impede que a responsabilidade penal ultrapasse a esfera pessoal do agente e, por essa razão, não merece prosperar

[...]

Também nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. CORRESPONDÊNCIA. SEDEX. TENTATIVA DE ENVIO DE ACESSÓRIOS ELETRÔNICOS (BATERIA DE CELULAR) PARA ESTABELECIMENTO PENAL. FALTA GRAVE. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. 3. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ALTERAÇÃO DOS EFEITOS DA FALTA DISCIPLINAR. PREJUDICADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. A conduta praticada, em tese, por genitor de preso - envio de bateria de telefone celular por meio de correspondência Sedex -, não pode ser extensiva ao paciente, se não demonstrado algum ato material por ele praticado. **O simples fato de o ascendente constar do rol de visitantes do reeducando não é suficiente para afirmar a prática de falta grave.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Princípio da intranscendência penal.

3. Prejudicado o pedido subsidiário de alteração dos efeitos da falta disciplinar.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão apontado como coator, restabelecendo-se a decisão do Juízo da Execuções Penais da Comarca de Marília, que absolveu o paciente por entender atípica a conduta perpetrada.

(HC n. 272.783/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 20/2/2014) – grifo nosso.

Prejudicadas as demais alegações.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **Concedo** ordem de *habeas corpus* de ofício para desconstituir a homologação da falta disciplinar de natureza grave imputada ao paciente, consistente em posse de aparelho celular, em razão de sua atipicidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0006361-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 314.061 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20140000642003 543626 70144317520138260482

EM MESA

JULGADO: 27/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: TADEU JOSÉ MIGOTO FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: TONY LOBIANCO ALVES

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.