



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 391.209 - SP (2017/0049544-3)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MICAEL DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO. POSSE DE APARELHO CELULAR. REGIME SEMIABERTO. FALTA GRAVE. PERÍCIA. PRESCINDÍVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE DA FALTA GRAVE. REVISÃO. AMPLO REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A posse de aparelho celular, considerada falta disciplinar de natureza grave, pode ser praticada também por sentenciado que cumpre pena em **regime semiaberto**, como no caso, sendo, frequente que os sentenciados desse regime tentem ingressar no estabelecimento penal com aparelho de telefonia móvel.

III - É prescindível a perícia do aparelho celular apreendido para a configuração da falta disciplinar de natureza grave do art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal.

IV - A alegação de ausência de comprovação da autoria e materialidade da falta grave foi refutada pelo Tribunal de origem, que destacou ser a decisão que a homologou devidamente fundamentada, com remissão a elementos concretos existentes nos autos. Ademais rever esse juízo de fato implicaria em amplo revolvimento fático-probatório, inviável em sede de **habeas corpus**.

Agravo regimental **não provido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 391.209 - SP (2017/0049544-3)

AGRAVANTE : MICAEL DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face de decisão monocrática, **por mim proferida**, a qual não conheceu do **writ**, mas concedeu a ordem de ofício apenas para que a instância **a quo** decrete a perda de dias remidos até o limite de 1/3 (um terço).

Nas razões do presente agravo regimental a Defesa reitera parte dos argumentos do **writ** originário, afirmando que a conduta de portar aparelho celular no interior da unidade prisional *"somente pode caracterizar falta disciplinar quando praticada pelo sentenciado que cumpre pena em regime fechado, já que nos regimes aberto e semiaberto o contato com o meio externo não é supervisionado"* (fl. 262).

Destaca que, *"no caso em testilha, não houve exame técnico para determinar se o bem apreendido seria, de fato, aparelho telefônico e se seria meio idôneo para permitir a comunicação com outros presos ou extramuros"* (fl. 266).

Prossegue afirmando que *"é forçoso a absolvição do sindicado, ante a ausência de provas idôneas quanto à adequação típica e à lesividade da conduta ou mesmo a cassação ab initio do feito por ofensa ao art. 158 c.c. art. 564, III, b, ambos do CPP"* (fl. 269).

Noutro ponto menciona que *"não restam dúvidas acerca da ilegalidade do interrogatório que fundamentou o reconhecimento da autoria da infração disciplinar. [...] Deste modo, o interrogatório dos sindicados efetuado informalmente pelos agentes caracteriza-se como ilícito, devendo ser desconsiderado do processo como meio de prova, segundo o comando do art. 5º, LVI da CR"* (fl. 273).

O agravante afirma, ainda, que *"é de rigor o reconhecimento de absolvição,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em face da ilicitude das provas produzidas em desfavor do sindicato" (fl. 276).

Requer, ao final, seja exercido o juízo de retratação ou submetido o agravo ao Colegiado para julgamento e provimento, determinando-se a cassação do acórdão impugnado.

Por manter a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 391.209 - SP (2017/0049544-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **MICAEL DOS SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO. POSSE DE APARELHO CELULAR. REGIME SEMIABERTO. FALTA GRAVE. PERÍCIA. PRESCINDÍVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE DA FALTA GRAVE. REVISÃO. AMPLO REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A posse de aparelho celular, considerada falta disciplinar de natureza grave, pode ser praticada também por sentenciado que cumpre pena em **regime semiaberto**, como no caso, sendo, frequente que os sentenciados desse regime tentem ingressar no estabelecimento penal com aparelho de telefonia móvel.

III - É prescindível a perícia do aparelho celular apreendido para a configuração da falta disciplinar de natureza grave do art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal.

IV - A alegação de ausência de comprovação da autoria e materialidade da falta grave foi refutada pelo Tribunal de origem, que destacou ser a decisão que a homologou devidamente fundamentada, com remissão a elementos concretos existentes nos autos. Ademais rever esse juízo de fato implicaria em amplo revolvimento fático-probatório, inviável em sede de **habeas corpus**.

Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo.

Inicialmente, constata-se que o agravante não aduz qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da r. decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA NÃO SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O AGRAVAMENTO DO REGIME PENAL.

1. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao recurso especial.

[...]

3. Agravo Regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.420.545/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 13/10/2014 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE AMEAÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 288.503/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1º/9/2014 - grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, o **habeas corpus** não foi conhecido, por ser sucedâneo de recurso especial, contudo a ordem foi concedida de ofício apenas para determinar que a instância **a quo** decrete a perda de dias remidos - até o limite de **1/3 (um terço)** -, de modo fundamentado, com esteio na atual redação do art. 127 da LEP, conferida pela Lei 12.433/2011.

Por oportuno, transcrevo a decisão agravada:

*"A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.*

*Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.*

Antes, todavia, para a adequada delimitação dos pontos controvertidos, colaciono, a seguir, excerto do v. acórdão impugnado:

"Antes de adentrar à análise do presente recurso, cumpre examinar as questões prejudiciais trazidas pela Defesa.

1. Quanto às preliminares de nulidade do procedimento administrativo

***A priori**, imperioso ressaltar que não demonstrou quaisquer prejuízos efetivamente sofridos em decorrência das supostas nulidades, além de não terem sido arguidas em momento oportuno.*

Nesse sentido, vale ressaltar que o artigo 563 do Código de Processo Penal estabelece que 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'.

Contudo, a fim de espancar qualquer controvérsia, passemos à análise de tais questões.

a) da prescrição intercorrente administrativa

Alega o ora Agravante que o procedimento disciplinar foi encerrado após o prazo legal de 30 dias previsto no artigo 62 do Regimento Interno Padrão (RIP), daí porque de rigor o reconhecimento da prescrição.

Contrariamente ao que argumenta, contudo, a superação do prazo previsto no mencionado dispositivo constitui mera irregularidade, não havendo qualquer interferência na pretensão punitiva do Estado, devendo ser analisada somente no âmbito administrativo, sem repercussão na esfera judicial.

Nota-se que a instauração do procedimento disciplinar foi editada em 23 de outubro de 2015, e teve sua conclusão em 28 de janeiro de 2016.

O excesso de prazo para o encerramento do processo administrativo, por si, não acarreta nulidade, cabendo ao Agravante comprovar prejuízo ao direito de defesa, o que não ocorreu nestes autos.

b) da violação aos artigos 64, 67, 68 e 72 do Regimento Interno Padrão

A apuração da prática de falta grave transcorreu em conformidade com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Regimento Interno Padrão, sendo que foram colhidas as provas necessárias e pertinentes, com a oitiva de testemunhas na presença de Defensor.

À fl. 24 verifica-se a citação do sentenciado para apresentar-se na sala do setor de sindicância, além de ser-lhe conferido prazo de cinco dias para oferecer defesa prévia.

Sua oitiva foi acompanhada de advogado da FUNAP que, em momento algum, deduziu qualquer das nulidades trazidas à baila no presente recurso de Agravo de Execução.

No que tange à oitiva das testemunhas sem a presença do ora Agravante, de rigor ressaltar que houve acompanhamento por advogado, de tal sorte que houve plena possibilidade de defesa técnica.

Também não houve violação ao disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, que consagra o interrogatório como meio de defesa ao colocá-lo ao final da instrução.

O artigo 69 do Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo estabelece que 'Na data previamente designada deve ser realizada, se possível, audiência una, facultada a apresentação de defesa preliminar, prosseguindo-se com o interrogatório do preso, a oitiva das testemunhas da administração e da defesa, seguida da defesa final', ressaltando que o Regimento foi publicado no Diário oficial do Estado em 30 de junho de 2010, sendo posterior à alteração do Código de Processo Penal, em 2008.

No entanto, é fato que a ampla defesa foi assegurada, porquanto o interrogatório foi efetuado na presença de servidor e de advogado, não sendo comprovado qualquer vício que o tenha maculado.

Isso porque o procedimento administrativo não está adstrito ao mesmo rigor formal do processo penal, sendo certo que a oitiva dos agentes após a do Agravante não viola a ampla defesa e o contraditório, posto que, de fato, apenas reafirmaram as informações já constantes da comunicação de evento, de modo que o ora Agravante já detinha conhecimento de tais alegações antes de sua oitiva.

2. Dos vícios judiciais

a) do desrespeito ao direito de audiência

A execução penal é jurisdicionalizada, daí porque a necessidade de observar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, decorrentes do devido processo legal.

No caso em tela, como já ressaltado, não houve qualquer mácula a tais princípios, porquanto o Agravante foi ouvido em sindicância administrativa, assistido por Defensor da FUNAP (cf. fl. 23), sendo que posteriormente teve a oportunidade de oferecer defesa escrita (cf. fls. 34/40).

*Após a conclusão da sindicância, o procedimento foi devidamente submetido ao Magistrado **a quo**, que verificou sua regularidade, reconhecendo então a prática de falta disciplinar de natureza grave.*

*Importante reprimir que a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LV, **in verbis**: 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursos a ela inerentes'.

Ademais, ausente qualquer demonstração de prejuízo por não ter sido feita a oitiva perante o Magistrado da Vara das Execuções, sendo que foi devidamente observado o disposto no artigo 118, § 2º da Lei de Execução Penal, a decisão deve permanecer tal como lançada.

b) da nulidade do decisum por ausência de fundamentação idônea

A sentença não carece de fundamentação idônea, porquanto embora seja sucinta, indicou as razões pelas quais homologou a falta grave, levando em consideração a gravidade da conduta perpetrada, atendendo assim à finalidade a que se prestava, devendo permanecer incólume, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Da prescrição

Em que pese a Lei de Execução Penal silenciar acerca do prazo prescricional para a apuração da falta grave, não encontra supedâneo a alegação de que deve ser aplicado o prazo de 180 dias, disposto na Lei nº 8.112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos da União, posto que no caso em tela não há sanção de cunho meramente administrativo e sequer trata-se de servidor público.

Assim, de rigor seja aplicado o lapso de três anos, disposto no artigo 109, inciso VI, do Código Penal [...]

In casu, a falta grave foi cometida em **20 de outubro de 2015**, enquanto que a sua homologação se deu em **08 de junho de 2016**, não transcorrendo assim o prazo supra mencionado.

Passemos à análise do mérito.

Conforme se infere dos autos, no dia 20 de outubro de 2015, durante a realização de vistoria no quinto conjunto de camas lado interno da ala onde habitava o sentenciado MICAEL DOS SANTOS, foi localizado m aparelho celular (marca LG, cor preta, com bateria).

Os agentes penitenciários Carlos Eduardo Pinheiro Cerqueira e Vagner Ribeiro dos Santos narraram que efetuavam vistoria no local quando encontraram o aparelho supra e que, ao interrogar os sentenciados habitantes do local, MICAEL se apresentou como proprietário (cf. fls. 25/26).

MICAEL negou os fatos, dizendo que não tinha conhecimento sobre a existência do celular (cf. fl. 23).

Não se há falar em atipicidade formal da conduta.

Por óbvio no regime semiaberto é permitido o contato do sentenciado com o meio externo, sendo, contudo, restrito e supervisionado, não sendo permitido, dentro do estabelecimento prisional, a utilização de aparelhos celulares.

Ainda, é dispensável a realização de perícia para a constatação da potencialidade de comunicação do aparelho apreendido, conquanto restou evidente que o aparelho se destinava à comunicação externa, de tal sorte que não seria coerente manter simples simulacro dentro da unidade carcerária, conhecedor de possível sanção administrativa, sendo esse o posicionamento desta C. 9.^a Câmara de Direito Criminal.

[...]

Assim, caracterizada está a falta grave, não havendo que se falar em atipicidade da conduta ou absolvição da falta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também não se fala em ilicitude da prova condenatória, porquanto os elementos colhidos demonstram com clareza o cometimento da falta.

Por fim, a sentença não carece de fundamentação quanto à perda dos dias remidos.

Embora esteja sucinta, como já retromencionado, indicou as razões pelas quais determinou a revogação, levando em consideração a gravidade da conduta perpetrada e o histórico prisional do sentenciado, atendendo assim à finalidade a que se prestava, devendo permanecer incólume, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante ao exposto, AFASTA-SE as preliminares alegadas e NEGA-SE provimento ao agravo." (fls. 201/208).

*Em primeiro lugar, não há que falar em nulidade do procedimento administrativo disciplinar instaurado para a apuração de falta de natureza grave, em razão do **excesso de prazo** para a sua conclusão, com a desobediência aos limites temporais previstos pela legislação local.*

*Isso porque, na hipótese, não restou demonstrado nenhum prejuízo para a defesa do paciente, como consignou a instância **a quo**, de maneira que se está diante de mera irregularidade.*

No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste Superior Tribunal:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FALTA GRAVE. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO PAD. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Não se verifica nulidade em decorrência do excesso de prazo para a conclusão do processo disciplinar, quando incapaz de trazer prejuízo ao exercício de defesa pelo apenado. Precedentes.

3. In casu, não há comprovação de eventual prejuízo causado à defesa pelo fato de o PAD não ter sido concluído no prazo estabelecido pela legislação estadual pertinente.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 373.733/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 05/05/2017)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PAD. COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DISCIPLINAR POR DOIS MEMBROS. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO REGIMENTO DISCIPLINAR. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO PAD. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TESE DE NÃO-CONFIGURAÇÃO DA FALTA GRAVE. DECISÃO FUNDAMENTADA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. COMUTAÇÃO. SE HOUVER PREVISÃO LEGAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ADVENTO DA LEI N.º 12.433/2011. LIMITAÇÃO DE 1/3 DO TOTAL DOS DIAS REMIDOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA.

[...]

2. **Não se verifica nulidade em decorrência do excesso de prazo para a conclusão do processo disciplinar, quando incapaz de trazer prejuízo ao exercício de defesa pelo apenado.** Precedentes.

[...]

9. Ordem parcialmente concedida para determinar que a interrupção do prazo do cumprimento de pena ocorra somente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional, determinando o retorno dos autos ao Juízo de Execuções, a fim de que complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade relativa à perda dos dias remidos pela prática de falta grave, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais." (HC 164.422/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 01/03/2012)

Em segundo lugar, esta Corte de Justiça tem entendido que "não há se falar em nulidade do procedimento administrativo disciplinar diante da falta de citação do agravante e de **oportunização de apresentação da defesa prévia**, bem como **ausência do agravante na audiência de inquirição das testemunhas**, uma vez que o apenado foi interrogado na presença da defesa técnica, sendo-lhe assegurados, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa." (AgRg no HC 382.036/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 26/05/2017).

Em terceiro lugar, não houve nulidade do procedimento administrativo disciplinar por não ter sido o **interrogatório** do sentenciado realizado ao final da instrução, após a oitiva de todas as testemunhas, mas sim como ato inicial da apuração da infração. De fato, já que o apenado teve o suporte de defesa técnica durante todo o curso do procedimento administrativo disciplinar, inclusive, no momento de sua oitiva perante a autoridade administrativa, não se vislumbra qualquer prejuízo a ensejar nulidade.

Havendo as instâncias ordinárias entendido que eventuais vícios apontados no procedimento administrativo disciplinar não causaram nenhum prejuízo à Defesa do paciente, a presente via estreita, de cognição sumária, não é o meio adequado para a reforma desse juízo. Sobre o tema:

"PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. **NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PACIENTE E DEFESA PRESENTES NA AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

II - A suposta nulidade do Procedimento Administrativo Disciplinar pelo fato do lapso temporal de 2 (dois) dias ao invés de 3 (três) dias conforme disposto no artigo 23 do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, entre a cientificação do apenado quanto à audiência e a ocorrência dessa, não acarreta, por si só, a nulidade do processo administrativo disciplinar, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imprescindível a demonstração de efetivo prejuízo ao apenado.

III - **In casu**, não se vislumbra, **a priori**, qualquer prejuízo ao paciente tendo em vista que presentes o ora paciente e sua defesa durante a audiência de interrogatório.

IV - A verificação mais detalhada de eventual prejuízo ao paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a todo evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Habeas corpus não conhecido." (HC 373.751/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 11/05/2017)

Ademais, nenhuma das nulidades anteriores foi arguida previamente à interposição do agravo em execução - não constando da defesa escrita de fls. 76/82 e nem da de fls. 93/96 - de maneira que resta claro haver se operado o fenômeno da preclusão. A esse respeito:

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO INTERNO EM **HABEAS CORPUS**. FALTA GRAVE. DESOBEDIÊNCIA A AGENTES PENITENCIÁRIOS. SINDICÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NOVA OITIVA JUDICIAL. DESNECESSIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO SENTENCIADO E DE JUNTADA COMPLETA DA SINDICÂNCIA. PRECLUSÃO. ATIPICIDADE, DESCLASSIFICAÇÃO, INSIGNIFICÂNCIA E AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DA CONDUTA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DA FALTA DISCIPLINAR. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

[...]

2. O procedimento administrativo disciplinar, instaurado para a apuração do cometimento de falta grave, por tratar da liberdade de ir e vir do réu condenado, deve, necessariamente, observar o contraditório e a ampla defesa, tornando imprescindível a presença de advogado constituído ou de defensor público nomeado, em razão das regras específicas contidas na Lei de Execuções Penais.

3. Tendo sido determinada a notificação do sentenciado no momento da instauração do Procedimento Disciplinar, o qual foi interrogado na presença de advogada da FUNAP, que apresentou alegações finais, não há nos autos evidência de ilegalidade por inobservância do princípio do contraditório.

4. As questões acerca da ausência de citação e de juntada completa dos autos da sindicância não foram suscitadas pela defesa durante o interrogatório do sentenciado ou nas alegações finais do procedimento administrativo, ocorrendo, no ponto, a preclusão.

[...]

11. Agravo interno parcialmente provido para não conhecer do **writ**, porém conceder de ofício a ordem, determinando o retorno dos autos ao Juízo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Execuções Penais, a fim de que complemente o julgamento, na parte referente à perda dos dias remidos, motivando a escolha do patamar da penalidade, à luz da disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais." (AgInt no HC 374.195/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 17/04/2017)*

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. OITIVA PRÉVIA EM JUÍZO. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA PARA A HIPÓTESE DE REGRESSÃO DO REGIME CARCERÁRIO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ADVOGADO DE DEFESA NÃO APONTOU NENHUMA IRREGULARIDADE APÓS A CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE.

1. No presente caso, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa restaram plenamente atendidos com a prévia oitiva do Paciente no procedimento que visava à apuração do cometimento de falta grave.

2. Primeiro, a defesa quedou-se inerte, não apontou nenhuma irregularidade durante o processo administrativo, razão pela qual suposta nulidade estaria preclusa; segundo, não é possível o reconhecimento da pretensa nulidade, uma vez que não se comprovou qualquer prejuízo processual sofrido pelo réu, limitando-se a defesa a alegações genéricas, como dito, feitas a destempo.

[...]

4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, tão-somente para sanar a omissão apontada." (EDcl no HC 87.154/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 14/09/2009)

Em quarto lugar, quanto à tese de nulidade da decisão que considerou a existência de falta grave sem a oitiva do paciente em audiência de justificação perante o juiz da execução, não assiste razão à impetrante.

Com efeito, no caso **sub judice**, não houve nenhum desrespeito aos princípios do **devido processo legal**, da **ampla defesa** e do **contraditório**, tendo em vista que houve a oitiva do reeducando e de sua defesa técnica, ao longo do processo administrativo.

A jurisprudência desta Corte entende que é desnecessária nova oitiva do reeducando em juízo, antes da homologação da falta grave, se ele teve a oportunidade de se manifestar no âmbito do procedimento administrativo, instaurado para apurar a prática de infração disciplinar, acompanhado da defesa técnica, tal como ocorreu na espécie.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INDEFERIDO LIMINARMENTE. FALTA DE CABIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. HOMOLOGAÇÃO APÓS REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRÉVIA OITIVA JUDICIAL DO APENADO. PRESCINDIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE CONDUTA INCOMPROVADA. REEXAME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REDUÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSÍVEL INOVAÇÃO.

[...]

2. **É desnecessária nova oitiva do apenado em juízo antes da homologação da falta grave se a ele foi oportunizado, como na espécie, manifestar-se no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apuração da infração disciplinar, devidamente acompanhado de defesa técnica. Precedentes.**

[...]

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 332.346/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 29/9/2015 - grifei).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FALTA GRAVE. HOMOLOGAÇÃO FUNDAMENTADA APÓS REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRÉVIA OITIVA JUDICIAL DO APENADO. PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

2. Hipótese em que a falta grave foi fundamentadamente homologada mediante regular procedimento administrativo disciplinar - PAD, com rito próprio previsto na Lei de Execução Penal, sendo oportunizado à defesa o exercício do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

3. **Segundo jurisprudência desta Corte, é desnecessária nova oitiva do apenado em juízo antes da homologação da falta grave se a ele foi oportunizado manifestar-se no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apuração da infração disciplinar, devidamente acompanhado de defesa técnica.**

4. **Habeas corpus não conhecido"** (HC n. 321.366/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 03/08/2015 - grifei).

Em quinto lugar, não há que falar em prescrição da falta disciplinar de natureza grave, que, no caso, foi apurada e judicialmente homologada dentro do prazo previsto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, aplicado por analogia.

Como se sabe, compete, privativamente, à União legislar sobre direito penal e processo penal, o que, por óbvio, abrange as normas de execução penal (art. 22, inciso I, da CF).

Com isso em vista, esta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que é de **3 (três) anos** o prazo prescricional para aplicação de sanção administrativa disciplinar decorrente da prática de falta grave no curso da execução penal, uma vez que, ante a inexistência de legislação federal específica acerca da matéria, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, considerando-se, assim, o menor lapso temporal previsto.

Nesse diapasão, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. EVASÃO. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. PRAZO PRESCRICIONAL DE 3 ANOS. NÃO OCORRÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser de três anos o prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar decorrente do cometimento de falta grave, após a edição da Lei n. 12.234/2010, utilizando-se, para tanto, do art. 109, VI, do Código Penal, diante da inexistência de legislação específica quanto à prescrição em sede de execução.

3. **Habeas corpus** não conhecido." (HC n. 329.456/RS, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 18/11/2015 - grifei).

"EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS**. (1) FALTA GRAVE. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (2) FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. REGRESSÃO DE REGIME. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL, COMUTAÇÃO E INDULTO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. (3) **WRIT** NÃO CONHECIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o prazo prescricional para aplicação de sanção administrativa disciplinar decorrente do cometimento de falta grave é de três anos, consoante o disposto no art. 109, inciso VI, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.234/2010, contados entre o cometimento da falta e a decisão judicial que homologou o procedimento administrativo instaurado para sua apuração.

2. A caracterização da falta grave justifica a regressão de regime prisional, a interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios, exceto para o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como a perda dos dias remidos. Precedentes.

3. **Habeas corpus** não conhecido" (HC n. 320.003/RS, Sexta Turma, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 27/05/2015).

Posto isto, tendo a falta grave em comento ocorrido na data de 20/10/2015, e a decisão judicial que homologou o seu reconhecimento datando de 08/06/2016, não houve, nesse interstício, o decurso do prazo prescricional para a sua apuração e eventual sancionamento.

Em sexto lugar, está devidamente fundamentada a homologação do reconhecimento da prática de falta disciplinar grave - consistente na posse de aparelho celular pelo apenado (art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal) - com remissão a elementos concretos existentes nos autos, aptos a subsidiar a decisão judicial, notadamente, aos depoimentos testemunhais e à oitiva do paciente (fls. 206/207).

Em sétimo lugar, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que a referida falta disciplinar de natureza grave, de posse de aparelho celular, pode ser praticada também por sentenciado que cumpra pena em **regime semiaberto**, sendo, aliás, bastante comum que apenados desse regime tentem ingressar no estabelecimento penal com aparelho de telefonia móvel. A esse respeito, observem-se os seguintes julgados:

"[...]

EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. POSSE DE CELULAR E ACESSÓRIOS. FALTA GRAVE. LEI N. 11.466/07. ART. 50, VII, DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. É assente nesta Corte Superior o entendimento de que após a edição da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho telefônico ou dos componentes essenciais ao seu efetivo funcionamento, passou a ser considerada falta grave.

2. **Na espécie, cumprindo a pena no regime semiaberto, foi encontrado no armário utilizado pelo paciente, enquanto realizava trabalho externo, aparelho celular e acessórios, configurando, portanto, o cometimento de falta grave.**

3. **Habeas corpus não conhecido.**" (HC 286.362/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03/05/2016)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. PACIENTE CONDENADO AO CUMPRIMENTO DE PENA DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. POSSE DE APARELHO CELULAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA MATERIAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ART. 118, INCISO I. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

"[...]

3. Não há se falar em constrangimento ilegal na decisão que determina a regressão do regime prisional imposto ao Paciente para regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória, quando comprovada a prática de falta grave (posse de aparelho celular no estabelecimento prisional), como previsto no art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. **Habeas corpus não conhecido.**" (HC 242.976/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04/09/2013)

Em oitavo lugar, a jurisprudência deste Tribunal Superior entende ser prescindível a perícia do aparelho celular apreendido para a configuração da falta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disciplinar de natureza grave do art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal. Sobre o tema:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DESCARACTERIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS. INADMISSIBILIDADE. LEI N. 11.466/2007. POSSE DE CELULAR, BATERIA E CHIP INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. SÚMULAS/STJ 441, 534 E 535. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. Segundo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, após o advento da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como **chip**, carregador ou bateria, constitui falta disciplinar de natureza grave, sendo, ainda, prescindível a realização de perícia no aparelho telefônico com a finalidade de se atestar sua funcionalidade.

[...]

6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal em relação ao livramento condicional, indulto e comutação de penas ." (HC 359.902/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 08/11/2016)

"HABEAS CORPUS. POSSE DE APARELHO TELEFÔNICO CELULAR. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. FALTA GRAVE. ART. 50, VII, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PAD DEVIDAMENTE HOMOLOGADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O comando normativo introduzido pela Lei 11.466/2007 no rol do art. 50 da Lei de Execuções Penais incluiu as condutas de posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico como caracterizadores da prática de falta grave, que possa permitir a comunicação do apenado com o ambiente externo.

3. Com efeito, a exegese desde dispositivo revela ser prescindível a realização de perícia no aparelho telefônico para que venha a atestar sua funcionalidade, pois poderíamos alcançar eventual situação **in concreto** hábil a esvaziar o preceito normativo, caso fossem encontrados compartimentos desmantelados, que uma vez juntos possibilitariam a montagem do equipamento de interlocução.

[...]

6. **Writ** não conhecido." (HC 345.954/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe 01/09/2016)

Em nono lugar, quanto à existência de prova bastante para a condenação do paciente, havendo a instância **a quo** concluído que, "os elementos colhidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstram com clareza o cometimento da falta" (fl. 208), a reforma desse juízo de fato implicaria inviável revolvimento probatório.

Além disso, o fato de o paciente haver retratado a sua confissão informal perante a autoridade administrativa não torna a prova da autoria nula, uma vez que ela se baseia, essencialmente, no depoimento dos agentes penitenciários responsáveis pela apreensão do aparelho celular, que gozam de fé pública.

No mesmo sentido, o precedente abaixo:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. USO DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR EM UNIDADE PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NO RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE, BASEADO ESPECIALMENTE EM DEPOIMENTOS DE AGENTES PENITENCIÁRIOS - QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA. CONCLUSÃO DIVERSA QUE IMPLICARIA O REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS, IMPOSSÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Na hipótese, o reconhecimento da prática de falta grave baseou-se especialmente nos depoimentos de dois agentes penitenciários - que gozam de fé pública -, os quais narraram de forma uníssona e harmônica a utilização, pelo Paciente, de telefone celular em unidade prisional. Por isso, a ausência de apreensão do aparelho, por si só, não pode afastar tal conclusão.

2. Infirmar o cometimento da falta grave, ao argumento de insuficiência de provas, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**. Precedente.

3. Ordem de **habeas corpus** denegada." (HC 254.312/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 13/08/2013)

Todavia, constato a existência de flagrante ilegalidade a legitimar a concessão da ordem, de ofício.

No que diz respeito à **perda dos dias remidos**, o art. 127, da Lei de Execução Penal, assim dispõe:

"Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar."

O Superior Tribunal de Justiça entende que "[...] a perda dos dias remidos deve respeitar o limite de 1/3, cabendo ao Juízo da Execução fundamentar a fração a ser aplicada em cada caso, com base na natureza, nos motivos, nas circunstâncias e nas consequências do fato, bem como na pessoa do faltoso e em seu tempo de prisão (art. 57 da LEP) [...]" (HC n. 354.145/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 26/8/2016).

Ao justificar o **quantum** de perda dos dias remidos aplicado, o juiz da execução apenas fez menção às elementares do próprio tipo de infração disciplinar grave pelo qual o paciente restou sancionado, apontando ainda, genericamente, as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências nefastas do fato (*'sobretudo em razão da gravidade da conduta, rebaixando o nível de disciplina na unidade prisional, causando instabilidade no ambiente carcerário e prejudicando a segurança dos servidores e demais detentos'* - fl. 98).

O ponto específico não atende ao requisito de motivação suficiente dos pronunciamentos judiciais (art. 93, inciso IX, da CF), fundamentando de modo inadequado a incidência da sanção de perda da remição na fração máxima admitida em lei.

Sobre o tema:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO EVIDENCIADA. PERDA DOS DIAS REMIDOS NA FRAÇÃO DE 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. SÚMULAS/STJ 441, 534 E 535. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONHECIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a perda de até 1/3 dos dias remidos, em razão da falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a própria legislação de regência, que estabelece a observância das diretrizes elencadas no art. 57 da LEP, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que seja estabelecida, de maneira fundamentada, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, observado o limite de 1/3 (um terço), bem como para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal também em relação ao indulto e à comutação" (HC n. 280.939/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 21/9/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS, EXCETO INDULTO, COMUTAÇÃO E LIVRAMENTO CONDICIONAL. PERDA DE 1/3 DO TEMPO REMIDO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 127 C.C. O ART. 57 DA LEI N. 7.210/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL - LEP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O art. 127 da Lei n. 7.210/84, com a nova redação dada pela Lei n. 12.433/11, concede ao juízo da execução a discricionariedade para determinar o patamar de perda do tempo remido, observados os parâmetros do art. 57 da LEP (a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do faltoso e seu tempo de prisão).

- Na hipótese dos autos, o juízo da execução declarou a perda de 1/3 do tempo remido, mas não apresentou fundamentação, com base nos parâmetros do art. 57 da LEP, que justifique a escolha desse patamar, o que configura patente ilegalidade. Precedentes: HC n. 282.265/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2014; HC n. 299.308/RS, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/10/2014.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como para que o juízo da execução fundamente, de maneira concreta, a fração da perda dos dias remidos" (HC n. 312.977/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** - Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 30/6/2015).

Desse modo, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem, de ofício, apenas para determinar que a instância **a quo** decrete a perda de dias remidos - até o limite de **1/3 (um terço)** -, de modo fundamentado, com esteio na atual redação do art. 127 da LEP, conferida pela Lei 12.433/2011" (fls. 232-248).

No que tange aos temas novamente trazidos à análise, reitere-se que a jurisprudência desta Corte Superior está firmada no sentido de que a posse de aparelho celular, considerada falta disciplinar de natureza grave, pode ser praticada também por sentenciado que cumpra pena em **regime semiaberto**, como no caso, sendo, frequente que os sentenciados desse regime tentem ingressar no estabelecimento penal com aparelho de telefonia móvel (HC n. 286.362/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 3/5/2016; HC n. 242.976/SP, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 4/9/2013).

Acrescente-se que é prescindível a perícia do aparelho celular apreendido para a configuração da falta disciplinar de natureza grave do art. 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal (HC n. 359.902/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 8/11/2016; HC n. 345.954/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe de 1º/9/2016).

Quanto à alegada ausência de comprovação da autoria e materialidade da falta disciplinar, a decisão agravada destacou que o **decisum** de 1º grau que a homologou está devidamente fundamentada, pois houve remissão a elementos concretos existentes nos autos, notadamente aos depoimentos testemunhais e à oitiva do paciente (fls. 206-207).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais o Tribunal de origem concluiu que, "*os elementos colhidos demonstram com clareza o cometimento da falta*" (fl. 208), de forma que a revisão desse juízo de fato por esta Corte Superior implicaria inviável revolvimento probatório, inviável em sede de **habeas corpus**.

Além disso, o fato de o paciente haver retratado a sua confissão informal perante a autoridade administrativa não torna a prova da autoria nula, uma vez que ela se baseia, essencialmente, no depoimento dos agentes penitenciários responsáveis pela apreensão do aparelho celular, que gozam de fé pública.

No mesmo sentido, o precedente abaixo:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. USO DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR EM UNIDADE PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NO RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE, BASEADO ESPECIALMENTE EM DEPOIMENTOS DE AGENTES PENITENCIÁRIOS - QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA. CONCLUSÃO DIVERSA QUE IMPLICARIA O REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS, IMPOSSÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Na hipótese, o reconhecimento da prática de falta grave baseou-se especialmente nos depoimentos de dois agentes penitenciários - que gozam de fé pública -, os quais narraram de forma uníssona e harmônica a utilização, pelo Paciente, de telefone celular em unidade prisional. Por isso, a ausência de apreensão do aparelho, por si só, não pode afastar tal conclusão.

2. Infirmar o cometimento da falta grave, ao argumento de insuficiência de provas, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**. Precedente.

3. Ordem de **habeas corpus** denegada." (HC n. 254.312/SP, Quinta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 13/8/2013).

Quanto à afirmação de que "*não restam dúvidas acerca da ilegalidade do interrogatório que fundamentou o reconhecimento da autoria da infração disciplinar*" (fl. 273), nota-se que o Tribunal **a quo** manifestou-se no sentido de que não houve qualquer nulidade, pois "*a ampla defesa foi assegurada, porquanto o interrogatório foi efetuado na presença de servidor e de advogado, não sendo comprovado qualquer vício que o tenha maculado*" (fl. 204).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, na hipótese dos autos, verifica-se que o **decisum** ora agravado está de acordo com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0049544-3

AgRg no
HC 391.209 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 114989 20160000945913 70049828820168260482

EM MESA

JULGADO: 12/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TADEU JOSE MIGOTO FILHO - PR061564
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICAEL DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MICAEL DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.