



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.783 - SP (2013/0204030-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ CLEITON BOLOGNESI

EMENTA

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.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

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. 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.783 - SP (2013/0204030-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Luiz Cleiton Bolognesi, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente encontra-se cumprindo pena de 11 (onze) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime fechado, com término previsto para 2 de setembro de 2022.

Em 14 de outubro de 2011, após averiguação preliminar dos agentes carcerários, foi encontrada bateria de telefone celular, dentro de uma caixa de serviço de encomenda expressa de documentos e mercadorias – SEDEX, a qual, supostamente, seria destinada ao paciente. Em razão disso, foi instaurado o procedimento legal cabível, tendo a Juíza da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Marília absolvido o reeducando por entender atípica a conduta.

Irresignada com os termos da decisão, a Promotoria interpôs recurso de agravo em execução, o qual, provido, à unanimidade, pela Oitava Câmara de Direito Criminal, recebeu o seguinte dispositivo (fl. 7):

Deram provimento ao recurso para determinar: 1. o registro da falta grave; 2. a regressão de regime; 3. interrupção do lapso temporal para benefícios, especialmente progressão de regime e livramento condicional; 4. perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos até a data de sua prática. Comunique-se desde já para efetivação da regressão de regime. V. U.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que o paciente não cometeu nenhuma espécie de falta disciplinar grave – atipicidade da conduta –, considerando que "a decisão hostilizada não descreveu a conduta do reeducando, o qual foi condenado simplesmente porque era destinatário de uma bateria de uso em aparelhos celulares numa correspondência." (fl. 2).

Assinala, ainda, que "o objeto enviado ao reeducando era apenas um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acessório de aparelho celular, não configurando a infração constante da Lei de Execuções Penais" (fl. 2).

Por fim, pondera que, "mesmo que se reconheça a falta grave praticada pelo reeducando, certo é que as consequências imputadas ao fato contrariam a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois a concessão do livramento condicional não pode ser afetada pela condenação" (fl. 3).

Diante disso, "requer seja concedida a ordem de **habeas corpus** em favor do paciente, cassando-se a decisão proferida pelo tribunal **a quo** e reconhecendo a inexistência da falta grave ou, subsidiariamente, impedindo que seus efeitos atinjam a concessão de outros benefícios, em especial o livramento condicional" (fls. 3/4).

A liminar foi indeferida (fls. 19/21) e as informações prestadas (fls. 29/45, 47/50 e 54/57).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 62/65), opinou pela concessão da ordem, no sentido de que o Juízo de Execuções Criminais mantenha inalterada a data-base inicial para a concessão do benefício de livramento condicional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.783 - SP (2013/0204030-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Em que pese o parecer ministerial, entendo que a ordem deve ser concedida em maior amplitude. É dizer, penso haver constrangimento ilegal decorrente do acórdão que reconheceu a prática de falta disciplinar grave pelo paciente.

No presente caso, o Juízo das Execuções, ao reconhecer como atípica a conduta supostamente perpetrada pelo reeducando, afirmou o seguinte (fl. 48):

Cuida-se de sindicância que apura falta grave relativamente ao reeducando LUIZ CLEITON BOLOGNESI, consistente na posse de acessório de telefonia celular.

[...]

A absolvição do sindicado se impõe.

Revedo posicionamento anteriormente adotado, observo da sindicância que o sindicado em momento algum obteve a posse da bateria para aparelho celular enviado por Sedex, dentro de um maço de cigarros, por seu genitor.

(...)

Desse modo, não tipificada a falta grave imputada ao sentenciado.

Por todo o exposto, ABSOLVO o sentenciado LUIZ CLEITON BOLOGNESI, diante da não caracterização da falta grave a ele imputada.

A Corte Estadual de Justiça, por sua vez, ao dar provimento ao recurso ministerial, assim fundamentou sua decisão (fls. 9/11):

Convincente o recurso.

A situação típica está prevista no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal.

Consta no procedimento apuratório disciplinar que: 1. em 14.10.2011, foi encontrada uma bateria de telefone celular em uma caixa de sedex enviada por Luiz Clair Bolognesi, constante no rol de visitantes do Agravado; 2. o Agravado alegou (fls.21) que possivelmente uma de suas ex-companheiras teria enviado o sedex com o nome de seu pai, com o intuito de prejudicá-lo; 3. o funcionário Márcio (fls.22) confirmou que a bateria de telefone celular foi encontrada dentro de uma maço de cigarros, em uma caixa de sedex enviada pelo pai do Agravado; 4. no mesmo sentido é a narrativa do funcionário Wender (fls.23).

Apesar da negativa do Agravado, sua escusa não é crível, e fato certo é que a bateria foi encontrada em correspondência enviada em nome de seu pai.

Muito embora o Sentenciado não tenha tido a posse efetiva da bateria de celular enviada devido à eficiente fiscalização do estabelecimento prisional, a falta disciplinar ficou caracterizada e, de acordo com expressa disposição legal contida no artigo 49, parágrafo único, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Execução Penal, pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada. Ou seja, a tentativa de posse de bateria de celular deve ser punida como se o Sentenciado efetivamente tivesse tido sua posse, caracterizando-se, assim, a falta disciplinar prevista no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal.

[...]

A falta grave existiu, consistiu na tentativa de posse de acessório de telefone celular e deve ser anotada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar: 1. O registro da falta grave; 2. a regressão de regime; 3. interrupção do lapso temporal para benefícios, especialmente progressão de regime e livramento condicional; 4. perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos até a data de sua prática.

Comunique-se desde já para efetivação da regressão de regime.

Ora, o inciso VII do art. 50 da Lei n. 7.210/1984, incluído pela Lei n. 11.466, de 2007, estabelece que o condenado à pena privativa de liberdade que "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" comete falta grave.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Habeas Corpus** n. 105.973, interpretou o dispositivo legal acima desta forma:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. POSSE DE DOIS CHIPS DE APARELHO DE TELEFONE CELULAR. CARACTERIZAÇÃO. TELEOLOGIA DA NORMA. PROIBIÇÃO DA POSSE DO TELEFONE E SEUS COMPONENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) institui um amplo sistema de deveres, direitos e disciplina carcerários. O tema que subjaz a este habeas corpus diz com tal sistema, especialmente com as disposições normativas atinentes à disciplina penitenciária. Disciplina que o legislador entende ofendida sempre que o condenado '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' (inciso VII do art. 50 da LEP).

2. Em rigor de interpretação jurídica, o que se extrai da Lei de Execução Penal é a compreensão de que o controle estatal tem de incidir sobre o aparelho telefônico, mas na perspectiva dos seus componentes. É dizer: a Lei 11.466/2007 encampou a lógica finalística de proibir a comunicação a distância intra e extramuros. Pelo que a posse de qualquer artefato viabilizador de tal comunicação faz a norma incidir de pleno direito.

3. Tal maneira de orientar a discussão não implica um indevido alargamento da norma proibitiva. Norma que faz menção expressa à posse, ao uso e ao fornecimento de 'aparelho telefônico, de rádio ou similar'. E o fato é que o chip faz parte da postura operacional do telefone celular. Não tem outra serventia senão a de se acoplar ao aparelho físico em si para com ele compor uma unidade funcional. Donde se concluir que o referido artefato nem sequer é de ser tratado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como mero acessório do aparelho telefônico, sabido que acessório é aquilo 'que se junta ao principal, sem lhe ser essencial; detalhe, complemento, achega'. Ele se constitui em componente do aparelho e com ele forma um todo operacional pró-indiviso.

4. Ordem denegada, cassada a liminar.

(HC nº 105973, Relator o Ministro **Ayres Britto**, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, publicado em 26/05/2011)

Observem, assim, que o componente eletrônico apreendido pelos agentes carcerários – bateria de aparelho celular – se amolda à hipótese prevista no art. 50, inciso VII, da Lei n. 7.210/1984, porque essencial ao funcionamento do aparelho de telefonia móvel, enquadrando-se, portanto, à finalidade da norma proibitiva, qual seja, a de impedir a comunicação intra e extramuros.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE BATERIAS DE APARELHO CELULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Com a edição da Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a **ratio essendi** da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.

2. O cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e, conseqüentemente, o reinício da contagem do prazo para obter o benefício da progressão, além da perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem denegada. (HC n.º 226.745/RS, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 19/3/2012.)

No presente caso, contudo, não poderia a apreensão efetivada ser imputada ao paciente, e, dessa forma, restar caracterizada hipótese de falta grave.

De fato, essa conclusão pode ser extraída de uma simples dedução lógica, retirada do princípio da intranscendência penal; é dizer, não pode o detento ser responsabilizado, simplesmente, porque seria o possível destinatário da bateria de celular enviada via Sedex.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirmar, como o fez a Corte de Justiça estadual, que o pai do interno consta do rol de visitantes do mesmo para, a partir desse fato, extrair a participação do paciente na ação ilícita – sem, ao menos, apontar qualquer ato material por ele praticado – foge aos espectros mais comezinhos do direito penal brasileiro; se aproximando, na minha compreensão, do direito penal do autor ou do inimigo.

Por fim, sendo o caso de concessão do pedido principal, prejudicada a apreciação do pleito subsidiário.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Concedo, no entanto, a ordem 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.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0204030-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.783 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00497834420128260000 2013000004155 497834420128260000 651105

EM MESA

JULGADO: 11/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIZ CLEITON BOLOGNESI

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.