



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

**AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. POSSE DE CHIP DE CELULAR. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO.**

1. O Ministério Público ingressou com agravo em execução em vista de decisão que indeferiu pedido para que fosse designada audiência de justificação, em razão da posse de *chip* de celular pelo apenado. Alega, em síntese, que a falta imputada ao apenado (posse de *chip* de aparelho celular) se constitui falta de natureza grave, conforme o art. 50, II, da LEP e art. 11, IV, do Decreto nº 46.534/09 que instituiu o RDP, entendendo ser impossibilitado o reconhecimento da falta de natureza média. **Sustenta, ainda, que a conduta do apenado passou a ser tipificada como crime doloso, nos termos do art. 349-A do CP.** Pede, portanto, que seja designada audiência de justificação, com o reconhecimento da falta grave, com a aplicação das penalidades previstas.

2. Efetivamente, a posse de chip de celular é passível de caracterizar a falta grave. Não há, com isso, prejuízo à presunção de não culpabilidade. Em razão disso, por conta do disposto no art. 118, §2º, da LEP, deve ser designada audiência de justificação.

**AGRAVO PROVIDO.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)

COMARCA DE ALEGRETE

MINISTERIO PUBLICO

AGRAVANTE

EDERSON LUIZ CALISTRO MOTA

AGRAVADO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento ao recurso para cassar a decisão que deixou de designar audiência de justificação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JAYME WEINGARTNER NETO E DES. HONÓRIO GONÇALVES DA SILVA NETO.**

Porto Alegre, 27 de agosto de 2014.

**DES. JULIO CESAR FINGER,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

### **DES. JULIO CESAR FINGER (RELATOR)**

O Ministério Público ingressou com agravo em execução em vista da decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções da Comarca de Alegrete, nos autos do PEC 43421-3, que deixou de reconhecer a prática de falta grave imputada ao apenado EDERSON LUIZ CALISTRO MOTA (fl. 31).

Alega, em síntese, que a falta imputada ao apenado (posse de *chip* de aparelho celular) constitui falta de natureza grave, conforme o art. 50, II, da LEP e art. 11, IV, do Decreto nº 46.534/09 que instituiu o RDP, entendendo ser impossibilitado o reconhecimento da falta de natureza média. Sustenta, ainda, que a conduta do apenado passou a ser tipificada como crime doloso, nos termos do art. 349-A do CP. Pede, portanto, que seja designada audiência de justificação, com o reconhecimento da falta grave, com a aplicação das penalidades previstas.

O recurso foi recebido na fl. 07.



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Apresentadas contrarrazões nas fls. 32/34.

A decisão foi mantida na fl. 35.

A Procuradoria de Justiça lançou parecer nas fls. 37/40.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. JULIO CESAR FINGER (RELATOR)

O recurso preencheu os requisitos para a admissibilidade, devendo ser conhecido.

O recurso não merece ser provido.

Início, nos argumentos, por transcrever parte do parecer elaborado pela Procuradoria de Justiça, que sumariza os fatos (fls. 37/40):

*Infere-se dos autos que o apenado cumpre uma reprimenda que totaliza 07 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, por ter praticado os crimes de porte ilegal de arma de fogo e de tráfico de entorpecentes (vide GEP acostada na contracapa do instrumento).*

*Iniciou o processo executório em 26/05/2010.*

*No dia 09/09/2013, após retornar do trabalho externo, foi flagrado portando ilegalmente um chip de comunicação via telefonia celular durante a revista feita por agente penitenciário, conforme certidão de ocorrência de fl. 25 e termo de fl. 28.*

*O PAD n.º 69/2013 foi instaurado para apurar a infração administrativa, sendo posteriormente encaminhado ao Juízo da VEC.*

*O Ministério Público teve vista dos autos, ocasião na qual se manifestou pela designação de audiência de justificação, conforme previsto no art. 118, § 2.º, da LEP.*

*Contudo, por entender que a infração imputada ao apenado constitui falta de natureza média, a i. Magistrada de piso indeferiu o pedido do órgão ministerial, apenas homologando a decisão proferida em sede administrativa.*



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

*Contra essa decisão, com razão, data venia, insurge-se o Parquet por ora, pois, como dito, a falta imputada ao preso é enquadrada como de natureza **grave**, nos termos do art. 50, inc. II, da LEP, razão pela qual deve ser designada audiência judicial para oitiva do preso, a fim de que sejam respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.*

Efetivamente, como regra, tenho manifestado que a posse de *chip* ou qualquer outro componente que faça parte de aparelho capaz de estabelecer comunicação dos detentos como mundo exterior é caracterizador de falta grave (70058582271, por exemplo). No mesmo sentido, aliás, recentes precedentes do STJ:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE COMPONENTE DE APARELHO CELULAR. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE APTA A SER SANADA DE OFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.*

*- A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a posse de aparelho celular, bem como a de seus componentes essenciais, tais como chip ou carregador, posteriores à Lei n. 11.466/2007, constitui falta disciplinar de natureza grave (ut HC 206.126/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 6/6/2012).*

*- Habeas corpus não conhecido.*

*HC 284306/SP – Ministra Marilza Maynard – 6ª Turma – DJe 07/03/2014*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE "CHIP" DE APARELHO CELULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.466/2007. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE*



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

*FLAGRANTE ILEGALIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA E PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. É cediço que o propósito primordial da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.466/2007 foi conter a comunicação entre os presos e o ambiente externo, evitando-se, assim, a deletéria perpetuação da atividade delitiva, notadamente se considerada a proliferação da criminalidade organizada até mesmo no interior dos cárceres. Assim, há de se ter por falta grave não só a posse de aparelho de telefonia em si, mas também de qualquer outro componente imprescindível para o seu funcionamento. Conclusão diversa permitiria o fracionamento do aparelho entre cúmplices apenas com o propósito de afastar a aplicação da lei e de escapar das sanções nela previstas. Flagrante ilegalidade inexistente.*

*2. A questão da negativa de autoria da falta disciplinar, bem como a da pretensa desclassificação, são matérias insuscetíveis de serem deslindadas na presente via, pois, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto fático-probatório, entenderam estarem comprovadas a autoria do delito e a impossibilidade de desclassificação. Portanto, não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido, sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na Via estreita do habeas corpus, remédio constitucional caracterizado Pelo rito célere e cognição sumária.*

*3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. RHC 45909/SP – Ministro Marco Aurélio Bellizze – 5ª Turma – 22/05/2014*

No caso concreto, portanto, adoto as razões trazidas no parecer ministerial, não só por estarem em alinhamento com o entendimento que defendo frente a essa Câmara, mas também para evitar desnecessária repetição (fls. 37/40):

*“Nessa esteira, tranquila é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao esclarecer que não só a posse de aparelho telefônico em si é classificada como infração grave, mas também a detenção do respectivo chip que habilita a linha, pois, do contrário, aquele não teria qualquer funcionalidade convencional:*

**“Art. 50, VII, da LEP: tipicidade e falta grave**

*Caracteriza falta grave, nos termos do art. 50, VII, da Lei das Execuções Penais - LEP, o condenado introduzir, em presídio,*



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

*elementos que possam viabilizar a comunicação direta com outros presos ou com o ambiente exterior (LEP: “Art. 50 ... VII - Comete falta grave 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”).*

*Com base nesse entendimento, a 1ª Turma denegou habeas corpus impetrado em favor de paciente que, no cumprimento de pena em regime aberto, retornara à penitenciária, para o pernoite, **portando 3 “chips” para telefones celulares**. Asseverou-se que o mencionado preceito, inserido em 2007, aditara o rol das faltas graves com o fim de evitar a entrada de objetos que possibilitassem tais comunicações, por se ter percebido que custodiados em presídios estariam a conduzir a criminalidade no ambiente externo.*

*Registrou-se que, conforme ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, buscar-se-ia a segurança maior.*

*Reputou-se, por fim, que a norma alcançaria o fato imputado ao paciente como configurador de falta grave. HC 99896/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 23.11.2010. (HC-99896)” (Publicado no Informativo n.º 610 do STF). (Grifei).*

*Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça consignou que até mesmo a posse de carregador de telefone celular configura a infração grave tipificada no inc. II do art. 50 da LEP, pois igualmente é acessório indispensável ao funcionamento do aparelho:*

**“Posse de carregador de celular dentro de presídio é falta grave**

10/06/2011- 13h06 - DECISÃO

*A posse de carregador de celular dentro da prisão, mesmo sem aparelho telefônico, é uma falta grave. A decisão é da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo os ministros, após a entrada em vigor da Lei n. 11.466/2007, passou-se a considerar **falta grave tanto a posse de telefone celular dentro de presídio quanto a dos componentes essenciais ao seu funcionamento.***

*A tese foi aplicada no julgamento de um habeas corpus impetrado por uma mulher que cumpria pena em regime fechado. Mesmo após ser flagrada com um **carregador de celular** e um fone de ouvido, ela obteve a progressão para o regime semiaberto, pois o juiz de primeiro grau considerou essa falta como de natureza média.*

*O Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pedindo o reconhecimento de falta grave e a consequente suspensão da progressão de regime prisional. Foi dado provimento a esse recurso, o que motivou a impetração do habeas corpus no STJ.*



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

*O ministro Og Fernandes, relator do processo, observou que a presa foi surpreendida com os componentes de telefone celular em janeiro de 2010, portanto, após a edição da Lei n. 11.466/07. Segundo o texto, o condenado à pena privativa de liberdade comete falta grave se portar, usar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.*

*Ao interpretar esse dispositivo, o relator entendeu que a proibição se estende aos componentes desses aparelhos. “É evidente que a proibição à posse de aparelhos telefônicos abrange também os acessórios ou as suas partes integrantes. Interpretar de outra maneira seria o mesmo que burlar a intenção do legislador, uma vez que o escopo maior da lei é simplesmente evitar a comunicação dos presos”, afirmou o ministro no voto. A Turma acompanhou a conclusão do relator. STJ - HC 197656/SP.” (Grifos nossos).*

*Conforme enfatizado no trecho acima, evidente que a proibição acrescentada à LEP pela Lei n.º 11.466/07 não atinge somente o aparelho telefônico em si, mas também seus componentes e acessórios, já que o objetivo do legislador foi justamente impedir que os indivíduos presos se comuniquem entre si e/ou com o mundo externo sem a devida autorização das autoridades responsáveis pela fiscalização do cumprimento da pena.*

*No mesmo sentido, o aresto que segue confirma que até mesmo a posse de uma “placa” eletrônica apreendida com o reeducando configura a transgressão etiquetada de grave, pois o objeto consistia em acessório necessário para o funcionamento do telefone móvel:*

**“FALTA GRAVE. POSSE. COMPONENTE. CELULAR.**

*O paciente foi surpreendido, em 25/10/2008, na posse de componente de aparelho de telefonia celular que, segundo o impetrante, seria uma placa.*

*A Turma negou a ordem ao entender que, com o advento da Lei n. 11.466/2007, que incluiu o inciso VII ao art. 50 da Lei de Execução Penal, a referida conduta passou a ser considerada típica após 28/3/2007, data de sua entrada em vigor.*

*Após tal data, este Superior Tribunal firmou o entendimento de que não só a posse do aparelho de telefonia celular como também o de **acessório essencial a seu funcionamento** ensejam o reconhecimento de falta grave. Precedentes citados do STF: HC 99.896-RS, DJe 1º/2/2011; RHC 106.481-MS, DJe 3/3/2011; do STJ: HC 154.356-SP, DJe 18/10/2010; HC 139.789-SP, DJe 3/11/2009, e HC 133.986-RS, DJe 21/6/2010.*



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

[HC 188.072-SP](#), Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 31/5/2011.” (Publicado no Informativo n.º 475 do STJ) (Grifei).

Não destoa dessas interpretações a jurisprudência desta e. 1.ª Câmara Criminal:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL INTERPOSTO PELA DEFESA. FALTA GRAVE. PORTE DE CHIP PARA APARELHO DE TELEFONE CELULAR. TIPICIDADE. REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. DECLARAÇÃO DA PERDA DOS DIAS REMIDOS. MANUTENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A QUAISQUER PRINCÍPIOS DE ORDEM CONSTITUCIONAL. O porte de chip para aparelho de telefone celular enquadra-se no inciso VII do art. 50 da LEP, pois o chip equivale à disposição "similares; do mencionado dispositivo legal. Ademais, trata-se do "cérebro; de tal aparelho, sendo imprescindível ao seu funcionamento. E praticada falta grave, obrigatoriamente deve ser determinada a regressão do regime prisional, por expressa disposição legal (art. 118, inc. I, da mesma lei). Sublinho que tanto a regressão (pela prática de falta de natureza grave) como a progressão do regime prisional fazem valer o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inc. XLVI), sendo descabido falar em ofensa a quaisquer princípios de ordem constitucional. No que tange à alteração da data-base para a concessão de futuros benefícios, a nova redação do art. 112 da LEP é clara ao determinar que a transferência para regime menos gravoso será determinada quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior. Conseqüentemente, quando houver regressão pela prática de falta grave, a contagem de 1/6, para fins de posterior progressão, deve ter por base a data de ingresso do preso no regime mais rigoroso. REMIÇÃO. ART. 127 DA LEP. SÚMULA VINCULANTE N.º 9 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A perda integral dos dias remidos, ante o cometimento de falta grave, não ofende o direito adquirido ou coisa julgada, pois a decisão que a concede não faz coisa julgada material. Inteligência da Súmula Vinculante n.º 9 do Supremo Tribunal Federal. Não conhecimento. Agravo parcialmente conhecido, e neste ponto, improvido. (Agravo Nº 70031790280, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 14/10/2009)” (Grifei).

Destarte, à luz desses precedentes, facilmente podemos extrair que não só a posse do aparelho de telefonia móvel, como seus acessórios e demais componentes podem dar amparo ao reconhecimento da falta de natureza grave, pois se tratam de



JCF

Nº 70059880997 (Nº CNJ: 0180662-61.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

*equipamentos que possibilitam ao indivíduo recluso manter comunicação não autorizada com terceiros.*

*Aliás, a posse tão somente do chip utilizado pelas operadoras de telefonia móvel para disponibilizar uma linha telefônica é conduta tão reprovável quanto a própria posse do aparelho de discagem. Isso porque, possibilita que mediante a posse de apenas um telefone vários outros apenados possam efetuar e receber chamadas simplesmente compartilhando um mesmo aparelho e trocando o minúsculo chip, peça que facilmente pode ser escondida no ambiente da cela ou até mesmo junto ao corpo.*

*Dessa forma, deve ser cassada a decisão que deixou de designar a audiência de justificação, conforme determina o art. 118, § 2.º, da LEP, assim como pleiteia o Parquet em seu recurso.*

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para cassar a decisão que deixou de designar audiência de justificação.

**DES. JAYME WEINGARTNER NETO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. HONÓRIO GONÇALVES DA SILVA NETO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. JULIO CESAR FINGER** - Presidente - Agravo em Execução nº 70059880997, Comarca de Alegrete: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A DECISÃO QUE DEIXOU DE DESIGNAR AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO."

Julgador(a) de 1º Grau: LILIAN PAULA FRANZMANN