

HABEAS CORPUS Nº 533.456 - RS (2019/0276174-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
YARA NASARIO - RS014162
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MAURICIO VIEIRA MULLER (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MAURICIO VIEIRA MULLER, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Agravo em Execução n. 0175389-28.2019.8.21.7000).

A impetrante requer, em liminar e no mérito, o afastamento da falta grave aplicada ao paciente, porque não teria sido comprovada a posse do aparelho celular. Alternativamente, busca o afastamento da regressão de regime, da alteração da data-base e da perda dos dias remidos, sob o fundamento de que não são consectários legais obrigatórios da falta grave.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela *concessão da ordem de habeas corpus de ofício, para determinar que o Juízo da Execução faça nova análise sobre a perda dos dias remidos, de modo fundamentado, nos termos do art. 127 da LEP* (fl. 302).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o afastamento da falta

disciplinar grave e dos seus conseqüências.

A esse respeito, esses foram os fundamentos utilizados pela Corte estadual para reconhecer sua prática:

[...]

Adianto que reconheço a prática da falta grave.

É inequívoco que efetivamente foi encontrado um aparelho celular na cela com o apenado onde cumpria pena, o qual inclusive confirmou ter entregue o aparelho para os agentes quando solicitado, mas negou o cometimento da falta.

Logo, não há ausência probatória, diante da apreensão do aparelho celular e da confissão parcial do apenado quanto à posse do objeto.

No registro de ocorrência às fls. 74/74v consta que o apenado estaria ameaçando, por meio de ligações telefônicas, uma mulher que não quis se identificar. Os agentes penitenciários Marcos Diogo e Evandro averiguaram a situação tendo então o agravado entregue o aparelho celular marca Samsung Duos, cor branca, modelo GI S7562L, com capa, bateria e chip (fl. 73v).

Ainda, às fls. 76/77v, há imagens no perfil do apenado na rede social Facebook, demonstrando que estava ativo e sendo por ele utilizado.

Desse modo, em nada altera o mau e desapropriado comportamento do apenado, pois é por demais vedado utilizar aparelho telefônico nas dependências do estabelecimento prisional pelos apenados, sendo tal de pleno conhecimento de todos, inclusive irrelevante é a propriedade do celular e se possuía chip e /ou bateria, ou mesmo se estava funcionando no momento da apreensão.

Cediço que o objetivo da lei é impedir a comunicação entre os apenados ou com o ambiente externo, tudo com o fim de dificultar que permaneçam no universo criminoso, ou mesmo que colaborem com novas práticas criminosas.

E em casos como o presente, conforme venho destacando, não há como deixar de punir o apenado, pois agiu em desacordo com as condutas disciplinares inerentes a sua condição, não havendo justificativa para o seu comportamento.

Logo, impositiva a reforma da decisão a quo para reconhecer a falta grave, conforme dispõe o art. 50, VII da Lei de Execução Penal 1 , devendo ser aplicados os respectivos conseqüências legais.

Ato contínuo, nesta Corte, o entendimento está sedimentado no sentido de que a prática de falta grave tem como corolário lógico, além da alteração da data-base para o cálculo de

futura progressão, também a perda de até 1/3 do tempo remido pelo trabalho externo e a regressão de regime, medidas compatíveis com a sistemática da Execução Penal (fls. 249/250).

Diante da fundamentação apresentada, o afastamento da falta grave praticada pelo ora paciente (art. 50, VII da LEP) demandaria o reexame de matéria fático-probatória, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. NÃO CABIMENTO. FALTA GRAVE. FUGA. ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE TERIA COMETIDO FALTA DE NATUREZA MÉDIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V- "A análise da tese de não-configuração da falta grave, ou de desclassificação para falta de natureza média, não se coaduna com a via estreita do habeas corpus, dada a necessidade, no caso, de incursão na seara fático-probatória, incabível nesta sede [...]" (HC n. 259.028/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 7/3/2014).

Habeas Corpus não conhecido. (HC 303.263/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 16/12/2014)

Ademais, registre-se que esta Corte Superior de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que, após a Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho celular constitui falta de natureza grave.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. RECONHECIMENTO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEFENSOR NOMEADO IMPRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 533/STJ. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DA SANÇÃO PELO CONSELHO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. POSSE DE CHIP DE CELULAR. LEI N.

11.466/2007. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.1. Para o reconhecimento da falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado" (REsp 1.378.557/RS, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 21/03/2014; Súmula 533/STJ). 2. Na hipótese, verifica-se que o procedimento administrativo disciplinar foi instaurado com a oitiva do apenado devidamente acompanhado de seu defensor nomeado, obedecidos, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa, sendo deliberado pela prática da falta grave, cuja ata foi assinada por todos os membros, inclusive pelo advogado ad hoc, não havendo se falar, neste momento, em nulidade por ausência de fundamentação.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.4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 376.643/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 9/5/2017).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA FALTA DISCIPLINAR GRAVE AINDA NÃO OPERADA. ALTERAÇÃO DATA-BASE PARA BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.II - A jurisprudência deste Tribunal entende que a prescrição das faltas disciplinares de natureza grave, diante da ausência de legislação específica, observa por analogia, o menor dos prazos previstos no artigo 109 do Código Penal, que é de 3 (três) anos, conforme redação trazida pela Lei n.º 12.234/2010.III - O termo inicial do prazo prescricional, no caso de fuga, é a data da recaptura, por ser uma infração disciplinar de natureza permanente. Nota-se, pois, que não restou implementada a prescrição entre a recaptura, ocorrida em 11/12/2014, e a homologação judicial da falta, que se deu em 24/6/2015 .IV - Segundo entendimento da Terceira Seção deste Tribunal Superior, a posse de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como

"chip", carregador ou bateria, constitui falta disciplinar de natureza grave após o advento da Lei n. 11.466/2007.V - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o REsp n. 1.364.192/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou orientação no sentido de que "a prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo". Habeas corpus não conhecido (HC 362.895/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/2/2017).

Noutro ponto, o entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o cometimento de falta grave pelo apenado (a) importa na alteração da data-base para a concessão de novos benefícios, salvo livramento condicional, indulto e comutação da pena; (b) autoriza a regressão de regime e (c) a revogação de até 1/3 dos dias remidos (art. 127 da LEP).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) FALTA GRAVE. HOMOLOGAÇÃO FUNDAMENTADA APÓS REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INCABÍVEL REEXAME. ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. (2) OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO ANTES DA HOMOLOGAÇÃO DA FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE. (3) FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REGRESSÃO DE REGIME, PERDA DOS DIAS REMIDOS E INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL, COMUTAÇÃO E INDULTO. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NO PONTO. (4) PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. EFETIVA FUNDAMENTAÇÃO. (5) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. 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.

4. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal no ponto. O acórdão combatido contraria entendimento desta Corte pois não é possível interromper-se o lapso temporal para concessão de livramento condicional, do indulto e da comutação de pena, em razão do cometimento de falta grave.

5. A perda dos dias remidos, em fração de 1/3 (um terço),

foi devidamente fundamentada pelo Juízo da Execução.

6. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para concessão do livramento condicional, do indulto e da comutação.* (HC 325.262/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. *A via eleita revela-se inadequada para a insurgência do impetrante contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.*

2. *O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.*

EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. EVASÃO. PRAZO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUPTÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. *À luz da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o cometimento de falta grave acarreta a interrupção do prazo para a obtenção da progressão de regime (Súmula 534/STJ).*

2. *Reconhecido o cometimento de falta grave pelo reeducando, consistente em abandono do regime semiaberto, além da regressão de regime, foi estipulado novo marco para a contagem do tempo para progressão.*

3. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 347.054/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016)

Por outro lado, verifica-se que o Tribunal *a quo* declarou a perda de 1/3 dos dias remidos sem nenhuma fundamentação que justifique a escolha desse patamar, razão pela qual deve ser cassada a decisão, nesse ponto, para que a Corte estadual defina motivadamente a fração a ser aplicada na hipótese, atendendo a jurisprudência desta Corte, consoante se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ELEIÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS

CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave não pressupõe a adoção objetiva da razão de 1/3 (um terço), que se trata de limite máximo para o decréscimo. Cabe ao Juízo das Execuções, com discricionariedade, fundamentar a escolha do quantum de perda, consideradas "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão", nos termos do art. 57 da Lei de Execuções Penais.

2. No caso, o Juízo das Execuções Criminais determinou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos sem declinar motivação material - ou seja, baseada em elementos concretos dos autos -, ao eleger o patamar máximo previsto em lei. Por sua vez, o Tribunal de origem limitou-se consignar que a penalidade trata-se de medida impositiva. Portanto, as instâncias ordinárias não observaram o dever constitucional de fundamentar.

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida tão somente para para ratificar o provimento liminar em que foi determinado ao Juiz das Execuções Penais que escolhesse o patamar para a perda dos dias remidos de modo fundamentado, à luz da disciplina do art. 127 da Lei de Execução Penal. (HC 479.931/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 11/06/2019)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. EXCEÇÃO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DA PERDA MÁXIMA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de se desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, insculpida no art. 5º, LXVIII, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo.

2. A Terceira Seção desta Corte, em sede de recurso especial representativo da controvérsia, firmou entendimento no sentido de que a prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime - acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo -, não havendo a interrupção para fins de obtenção de livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, salvo

disposição expressa em contrário no decreto presidencial.

3. Com o advento da Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação do art. 127 da Lei nº 7.210/84, a prática de falta grave no curso da execução implica em perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, devendo o Juízo das Execuções aplicar a fração cabível à espécie, levando em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 296.972/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 04/11/2014).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O art. 127 da Lei de Execução Penal (LEP), com a nova redação dada pela Lei n.º 12.433/2011, confere ao juízo da execução certa margem de discricionariedade para determinar a perda dos dias remidos, no patamar que entender cabível, observados os parâmetros dispostos no art. 57 do mesmo estatuto, expondo, sempre, as razões de sua decisão. In casu, o acórdão impugnado não observou a norma regente, deixando de fundamentar a fração eleita.

3. Habeas Corpus não conhecido. Expedida ordem de ofício, para que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fundamente a escolha do patamar da perda dos dias remidos, com base nos parâmetros do art. 57 da Lei de Execução Penal (HC 248.232/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/04/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul fundamente a escolha do patamar da perda dos dias remidos, com base nos parâmetros do art. 57 da Lei de Execução Penal

Publique-se.

Intimações necessárias.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator