

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Antônio Augusto Pizzato

A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO USO IRREGULAR DE APARELHOS
MÓVEIS DE COMUNICAÇÃO POR PRESOS NO ANTEPROJETO DO NOVO
CÓDIGO PENAL

Porto Alegre

2012

ANTÔNIO AUGUSTO PIZZATO

A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO USO IRREGULAR DE APARELHOS
MÓVEIS DE COMUNICAÇÃO POR PRESOS NO ANTEPROJETO DO NOVO
CÓDIGO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de
Ciências Penais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Odone Sanguiné

Porto Alegre

2012

ANTÔNIO AUGUSTO PIZZATO

A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO USO IRREGULAR DE APARELHOS
MÓVEIS DE COMUNICAÇÃO POR PRESOS NO ANTEPROJETO DO NOVO
CÓDIGO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de
Ciências Penais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Odone Sanguiné

Professor Doutor Danilo Knijnik

Professor Doutor Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Conceito: A

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Odone Sanguiné, pelas ponderadas orientações e pelo aprendizado sobre o tema deste trabalho que me foi proporcionado durante o estágio em seu gabinete, no Tribunal de Justiça.

À gentil Prof. Me. Carla Marrone Alimena, que se disponibilizou a atentamente sanar minhas dúvidas e alcançou-me preciosos esclarecimentos e orientações.

Ao meu estimado pai, por todo o apoio prestado durante a confecção deste trabalho, apoio esse cujo valor não ousou mensurar.

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a proposta de criminalização da conduta de uso irregular de aparelhos móveis de comunicação por presos, contida no Anteprojeto do Novo Código Penal. Inicia-se com uma exposição do atual tratamento dispensado à posse de aparelhos de comunicação móvel e de seus elementos constituintes pelos âmbitos administrativo e judicial, trazendo também algumas decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, destacando seus arazoamentos. A seguir, analisa-se o artigo proposto pelo Anteprojeto do Novo Código Penal, conforme seus elementos constituintes e por critérios há muito estabelecidos na doutrina pátria. Depois, analisa-se a conformidade da proposta de criminalização aos princípios constitucionais pertinentes, de modo a verificar a legitimidade do possível novo delito. Por fim, a conclusão resultante da contraposição do atual tratamento legal à análise da proposta de criminalização e sua conformidade com os princípios constitucionais é a de que a falta de um interesse jurídico, a pouca técnica da redação do artigo e sua inconformidade com o princípio da intervenção mínima concorrem para a ilegitimidade do crime proposto.

Palavras-chave: Aparelhos móveis de comunicação. Criminalização. Legitimidade. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the proposition of criminalizing the conduct of irregular using of mobile communication devices by the incarcerated, contained in the pre-project of the new Penal Code. It begins with the showing of the present treatment disposed to the possession of mobile communication devices and its constituent elements by the administrative and judicial scopes, as well as exhibiting some decisions from the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the Rio Grande do Sul state, highlighting its argumentations. Next, the article proposed by the pre-project of the new Penal Code is analyzed, according to its constituent elements and by long established in the national doctrine criteria. Then, the conformity of the criminalization proposition to the pertinent constitutional principles is subject of analysis, as to verify the legitimacy of the possible new crime. Finally, the conclusion resulting from the contraposition of the present legal treatment to the analysis of the criminalization proposition and its conformity to the constitutional principles is that the lacking of a legal interest, the poor technical wording of the article and its unconformity with the minimum intervention principle concurs to the illegitimacy of the proposed crime.

Keywords: Mobile communication devices. Criminalization. Legitimacy. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A ATUAL PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.....	10
2.1	RESGUARDO DA DISCIPLINA PRISIONAL.....	10
2.2	FALTAS DISCIPLINARES.....	12
2.2.1	Faltas leves e médias.....	12
2.2.2	Faltas graves.....	14
2.2.3	Artigo 50, inciso VII, LEP.....	15
2.2.4	A posse de partes do telefone celular na jurisprudência.....	19
2.2.4.1	Supremo Tribunal Federal.....	19
2.2.4.2	Superior Tribunal de Justiça.....	21
2.2.4.3	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	23
2.3	PROCEDIMENTO DISCIPLINAR.....	27
2.3.1	Sanções administrativas aplicáveis à prática de falta grave.....	28
2.3.2	Individualização da pena disciplinar.....	29
2.3.3	Da tentativa.....	29
2.3.4	Limitação temporal das sanções disciplinares.....	30
2.3.5	Competência para a aplicação das sanções disciplinares.....	30
2.4	REPRESENTAÇÃO AO JUIZ DA EXECUÇÃO.....	31
2.4.1	Regressão do regime.....	31
2.4.2	Revogação de autorização de saídas temporárias.....	32
2.4.3	Perda do direito de remição.....	33
2.4.4	Recursos cabíveis.....	34
3	A CRIMINALIZAÇÃO A PARTIR DO ANTEPROJETO DO NOVO	
	CÓDIGO PENAL.....	35
3.1	ANÁLISE DO TIPO PENAL.....	35
3.1.1	Bem jurídico protegido.....	35
3.1.1.1	A administração da justiça.....	36
3.1.1.2	A administração pública.....	38
3.1.2	Sujeito ativo e sujeito passivo.....	40
3.1.3	Tipo objetivo e tipo subjetivo.....	41

3.1.4	Consumação.....	42
3.1.5	Da tentativa.....	43
3.1.6	Exclusão de tipicidade (crime impossível).....	45
3.1.7	Exclusão da ilicitude (exercício regular de direito).....	46
3.1.8	Concurso de agentes.....	47
3.1.9	Classificação do delito proposto.....	47
3.2	POSSÍVEIS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA.....	48
4	A ILEGITIMIDADE DO PROJETO DE CRIMINALIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	50
4.1	PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	50
4.2	PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS....	52
4.3	PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	54
4.4	PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	55
4.5	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	56
5	CONCLUSÕES.....	58
	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

O uso irregular de aparelhos móveis de comunicação por presos é uma questão que guarda considerável importância dentro da execução da pena, tanto pelo risco potencialmente representado à sociedade, como por revelar uma certa carência estrutural dos presídios nacionais.

O risco consiste nas possíveis destinações a que esse uso serviria. Não é a intenção, aqui, acusar ou assumir que qualquer preso, pela simples condição de ter sido afastado do convívio em sociedade, estaria disposto a utilizar-se de aparelhos celulares para empreender atividades delitivas ou delas tomar parte, por exemplo. Porém, essa parece ser a realidade em muitos casos e o Poder Público vem a ela se adequando para poder combatê-la.

Inicialmente, a Lei de Execução Penal não fazia previsão de qualquer sanção administrativa para o condenado que estivesse em posse de aparelho de telefonia móvel dentro de um estabelecimento prisional. O problema passou a ser sentido, bem como a necessidade de uma retribuição estatal punitiva. Entretanto, as sanções aplicadas não tinham embasamento legal preciso, derivando sua fundamentação de uma combinação de dispositivos legais vagos, o que feria o princípio da legalidade, também aplicável à execução penal.

No ano de 2007, foi publicada a Lei n. 11.466, que adicionava ao rol de faltas disciplinares graves da Lei de Execuções Penais as condutas de posse, utilização e fornecimento de aparelhos telefônicos, de rádio ou similares que permitissem a comunicação dos presos entre si ou com o ambiente externo. E, assim, a questão parecia estar resolvida, ao menos para os fatos ocorridos após sua entrada em vigor.

Ocorre que esses dispositivos eletrônicos sofriam fracionamento e muitas vezes não eram encontrados por inteiro na posse de presos, mas sim suas peças constituintes, individualmente. Os indícios do uso desses aparelhos não cessavam de existir, mas a adequação dos fatos à norma já se encontrava defasada. A princípio, uma bateria de telefone celular, sozinha, não é um aparelho que permite a comunicação nos termos referidos pela lei.

Alguns tribunais contornaram essa inadequação pela argumentação acerca dos fins da norma, enquanto houve decisões que encontraram entrave nesse contorno por ver no princípio da legalidade uma barreira intransponível a tal solução. De qualquer maneira, dispositivos móveis de comunicação e suas peças elementares continuaram a ser encontrados nos estabelecimentos prisionais de nosso país e as suspeitas de que a ocorrência de crimes e rebeliões davam-se por ordens de quem se encontrava encarcerado continuaram a subsistir.

Vem, então, juntamente com o Anteprojeto do Novo Código Penal, uma proposta de criminalização do uso irregular de aparelhos móveis de comunicação por presos, com previsão de pena de prisão, de três meses a um ano. O noticiamento da intenção dos legisladores de criminalizar essa conduta despertou a idéia de se fazer um trabalho a respeito do tema.

Neste trabalho, primeiramente, faz-se uma exposição da atual solução jurídica nos âmbitos administrativo e judicial, bem como se expõe um breve histórico de como se chegou a tal solução. Nessa parte, são relacionadas as atuais conseqüências da realização da conduta, considerada falta de natureza grave sob o olhar da Lei de Execução Penal, bem como alguns posicionamentos jurisprudenciais em relação ao tema, colhidos dentre decisões exaradas no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

No capítulo seguinte, toma-se o tipo penal proposto e faz-se sua análise estrutural, nos mesmos moldes encontrados na literatura penal nacional: ponderações acerca de que bem jurídico que visa a proteger, dos sujeitos ativo e passivo, dos tipos objetivo e subjetivo, das hipóteses de consumação, do cabimento da tentativa, etc. Faz-se, também, breves conjecturas sobre dos possíveis efeitos que essa proposta surtiria na execução da pena.

O terceiro capítulo busca analisar a legitimidade do projeto de criminalização sob o enfoque dos princípios constitucionais pertinentes. Apresentam-se os princípios e sua conceituação na literatura, seguidos de comentários acerca de como a criminalização proposta a eles se amolda. Por esse desenvolvimento, espera-se obter subsídios suficientes a embasar a conclusão, ao final.

2 A ATUAL PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

2.1 RESGUARDO DA DISCIPLINA PRISIONAL

A importância dada ao resguardo da disciplina na Lei de Execução Penal (LEP) é verificada por ter o legislador reservado um capítulo inteiro da lei ao tema. Ainda que o capítulo IV dessa lei trate dos deveres, dos direitos e da disciplina em seções apartes, essas disposições formam um conjunto de obrigações, contrapartidas e sanções necessárias a que haja um ordenamento de convivência entre os segregados.

O artigo (art.) 44 da LEP traça as bases da disciplina prisional, a qual consiste “na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”¹, devendo a ela se submeter os condenados à pena privativa de liberdade, os condenados às penas restritivas de direitos e os presos provisórios.

Para Paulo Lúcio Nogueira, se a disciplina se mostra necessária para a vida do homem livre, com mais razão impõe-se ao preso², eis que:

*A disciplina em qualquer prisão é fundamental para sua segurança e boa ordem, pois tratando-se de uma convivência anormal, de pessoas que se encontram segregadas e privadas da liberdade, é de se ter presente a insatisfação permanente por esse modo de vida.*³

A disciplina prisional não é meramente uma manifestação de poder do Estado sobre aqueles contra os quais determinou a segregação, mas uma imposição de condutas que visam à estabilidade da convivência, à manutenção da ordem e da

¹ Art. 44, *caput*, LEP.

² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**: Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 68.

³ NOGUEIRA, *loc. cit.*

segurança no interesse de todos os presos⁴, almejando-se “um jogo de equilíbrio entre punições e recompensas como fator indispensável de readaptação social”⁵.

Dessa forma, conforme lição de Renato Flávio Marcão, a execução penal “pressupõe um conjunto de deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, de tal sorte que, além das obrigações legais inerentes ao seu particular estado, o condenado deve submeter-se a um conjunto de normas de execução da pena”⁶.

Essas normas de execução da pena traduzem-se nos deveres elencados no artigo 39 da LEP:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Segundo Nogueira, o referido artigo tem em vista o estabelecimento dos “*deveres elementares* do preso, que se contrapõe ao direito que o Estado tem de executar a pena, estabelecendo um relação entre ambos de reciprocidade de tratamento, que deve ser observada para obtenção de resultados positivos”⁷.

⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**: Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 68.

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 134.

⁶ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 28.

⁷ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 59.

2.2 FALTAS DISCIPLINARES

2.2.1 Faltas leves e médias

O *caput* do artigo 49 da LEP aponta a classificação das faltas disciplinares em leves, médias e graves⁸. Embora a lei seja taxativa ao enumerar as condutas que correspondem a faltas graves, a enumeração das faltas leves e médias e das sanções a elas aplicáveis é deixada ao poder legislativo estadual local.

A justificativa para tanto é apontada no enunciado n. 79 da Exposição de Motivos à LEP:

As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente.⁹

Dessa forma, os corpos legislativos locais se encontrariam em melhores condições de avaliar quais disposições disciplinares estariam melhor adequadas às exigências da correção prisional, eis que sabedores das características de sua região.

Essa atribuição de competência ao legislador estadual encontra oposição em Guilherme de Souza Nucci, para quem o ideal seria padronizar nacionalmente as faltas dos presos, de modo a não deixar margem a discrepâncias entre legislações estaduais¹⁰. O pertinente apontamento desse autor é passível de ser observado nas poucas legislações estaduais que se preocuparam em disciplinar a conduta de seus cidadãos encarcerados¹¹.

⁸ Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

⁹ BRASIL. **Lei de execução penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 12ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1018.

¹¹ Conforme Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – Estatuto e Regimento, elaborado pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional em maio de 2008, apenas Amazonas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande

O Estado de Minas Gerais, através da Lei n. 11.404/94¹², no artigo 142, ocupou-se em arrolar condutas que constituem infrações disciplinares, sem qualificá-las segundo sua gravidade ou atribuir-lhes sanção correspondente, o que, segundo o artigo 141 do mesmo diploma, seria objeto de lei ou regulamento posterior. Nesse arrolamento (art. 142), caracterizado por uma mistura de condutas imprecisamente e especificamente tipificadas sob uma veste infracional não definida, classifica-se como infração, no inciso IX, a comunicação proibida com o exterior ou, no caso de isolamento, com o interior.

O Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná¹³ faz um abrangente apanhado de condutas carcerárias, classificando-as conforme a gravidade, sendo, no total, 25 tipificações de faltas leves (art. 61) e 22 tipificações de faltas médias (art. 62), além de faltas graves, as quais reproduzem as já enumeradas nos incisos I a VI do artigo 50 da Lei de Execução Penal, incluindo-se a prática de fato definido como crime doloso.

O Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul¹⁴, embora não seja tão minucioso como o decreto paranaense, é bastante preciso na tipificação das condutas qualificadas como faltas leves (art. 13) e médias (art. 12). Contudo, é possível observar que alguns comportamentos que são classificados como faltas médias pela norma sul-riograndense, como a realização de compra e venda não autorizada e a falta de zelo na conservação e higiene do alojamento, por exemplo, as quais são passíveis de punição por repreensão (art. 19, § 2º), encontram na norma paranaense a configuração de faltas de natureza leve, cuja punição cabível pode variar de advertência a isolamento de dois a cinco dias (art. 64, I, a a d).

do Norte possuíam, à época, Estatutos Penitenciários. Ainda assim, havia confusão terminológica entre Estatuto e Regimento, pois muitos estatutos dedicavam-se à organização do sistema penitenciário de cada Estado, olvidando de disciplinar a conduta carcerária.

¹² MINAS GERAIS. Lei n. 11.404, de 25 de janeiro de 1994. **Portal Conselhos**. Disponível em: <<http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/5/N%2011404%20de%2025%20de%20janeiro%20de%201994.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

¹³ PARANÁ. Decreto n. 1.276, de 31 de outubro de 1995. **Diário Oficial do Estado do Paraná**, Poder Legislativo. Curitiba, 31 out. 1995. Disponível em <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=35916&codTipoAto=&tipoVisualizacao=alterado>>. Acesso em: 14 out. 2012.

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Decreto n. 46.534, de 05 de agosto de 2009. **Susepe**. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

2.2.2 Faltas graves

Se não há uniformidade nacional acerca do que sejam faltas leves e médias, as faltas graves não se encontram sob tal condição, eis que o legislador as enumerou nos artigos 50 e 51 da LEP.

Assim, comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que realizar alguma das seguintes condutas:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Uma vez que o artigo 45 da LEP proíbe a constituição de sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar, o rol acima citado deve ser considerado taxativo, sob pena de violação do princípio da legalidade.

A taxatividade do citado artigo já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclusive para vedar a aplicação de sanções disciplinares aos segregados que estivessem em posse de aparelho telefônico móvel antes da inclusão do inciso VII ao artigo 50 da LEP pela Lei n. 11.466/2007. Dentre diversos julgados da Corte Superior¹⁵ nessa senda, colaciona-se a seguinte ementa:

¹⁵ HC 66.364/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2009, DJe 28/09/2009; HC 118.004/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 13/10/2009; REsp 951.378/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 01/06/2009; HC 109.289/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE TELEFONE CELULAR. FALTA GRAVE APLICADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXEGESE DOS ARTIGOS 49 E 50 DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante dispõe o artigo 49 da Lei de Execuções Penais, competirá ao Estado, por legislação local, definir as faltas leves e médias, bem assim as respectivas sanções, concluindo-se, pois, que não poderá a autoridade estadual dispor sobre as faltas disciplinares de natureza grave.

2. Destarte, a definição de falta grave deve ser interpretada restritivamente, nos termos do artigo 50 da LEP, que encerra rol taxativo, portanto, a posse de aparelho celular, no interior de estabelecimento prisional, por óbvio não caracteriza falta grave ante a ausência de previsão legal.

3. Como bem ressaltou o Ministro Arnaldo Esteves Lima, quando do julgamento do HC nº 59.436-SP, "Não obstante as conseqüências nefastas que o uso de aparelho celular no interior do cárcere pode representar, não é permitido ao Poder Executivo nem ao Judiciário imiscuir-se na atividade do legislador."

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 75799/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008)

Nesse agravo regimental, sustentava o recorrente que existiria a possibilidade punição do preso que utilizasse telefone celular nas dependências do presídios e que essa possibilidade decorreria da leitura combinada de uma resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e dos artigos 39, inciso V, e 50, inciso VI, ambos da Lei de Execução Penal. Tal sustentação foi afastada pelo relator e o recurso não logrou provimento, versando a argumentação do magistrado sobre a incompetência legislativa estadual para estabelecer faltas de natureza grave e sobre a taxatividade das condutas elencadas nos incisos do artigo 50 da LEP.

2.2.3 Artigo 50, inciso VII, LEP

TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008; HC 98.303/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 13/10/2008; HC 98.304/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008; HC 84.804/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 333; HC 83.708/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 336; HC 73.887/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 378; HC 60.091/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 385; HC 71.647/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 407.

Não constava na redação original do artigo 50 que cometeria falta grave quem tivesse em sua posse, utilizasse ou fornecesse aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permitisse a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo¹⁶.

Contudo, as conseqüências da utilização de telefone celular em presídios já vinham despertando a atenção das autoridades estaduais, que tentavam coibir o uso desses aparelhos.

O Governo do Estado de São Paulo, por exemplo, buscou combater o uso de aparelhos celulares pela via normativa, classificando a conduta como falta de natureza grave. A Resolução n. 113 de 25/11/2003, da Secretaria de Administração Penitenciária, em seu artigo 1º, dispunha constituir falta grave “trazer consigo o preso provisório ou condenado, no estabelecimento prisional onde se encontrar, telefone celular ou aparelho de comunicação com o meio exterior, seus componentes ou acessórios”¹⁷. Essa resolução trazia, ainda, no artigo seguinte, disposição sobre a sanção aplicável a quem, por ocasião de visita a encarcerado, tentasse adentrar no estabelecimento prisional munido de algum dos itens descritos no artigo anterior, consistindo a reprimenda em exclusão do correspondente rol de visitas e proibição de ingresso pelo prazo de um ano em qualquer estabelecimento dessa rede penitenciária.

Ocorre que o princípio da legalidade, que a LEP traz expresso no *caput* do seu artigo 45¹⁸, veda a sanção a conduta que não tenha sido anteriormente prevista em lei como infração. Sobre o princípio da legalidade na execução penal, destaca-se a lição de Ela Wiecko de Castilho:

O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de

¹⁶ art. 50, inciso VII, LEP.

¹⁷ SÃO PAULO. Resolução SAP – 113, de 25-11-2003. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, Poder Executivo. São Paulo, 26 nov. 2003. Disponível em <http://www.imprensaoficial.com.br/PortalIO/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2003/executivo%2520secao%2520i/novembro/26/Pag_0012_1KP5NCNC6DNKTe2J3IVJB17D9BV.pdf&pagina=12&data=26/11/2003&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=10012>. Acesso em: 14 out. 2012.

¹⁸ LEP, art. 45, *caput*. “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal.¹⁹

Partindo-se do pensamento da citada autora, pode-se dizer que o princípio da legalidade na execução penal impõe limites à atuação do Estado sobre os presos, traçando-lhes também direitos, deveres, faltas e sanções, os quais devem ser definidos por lei e somente por lei alterados, criados ou suprimidos.

Ademais, o artigo 49 da LEP estabelece entrave à tipificação de faltas graves por outra esfera legislativa que não seja a federal: classificando-se as faltas disciplinares em leves, médias e graves, cabe à legislação local especificar somente as leves e médias e suas sanções correspondentes.

Assim, algumas situações de punição desconforme à reserva legal chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, que decidia favoravelmente aos acusados, cassando os efeitos do cometimento da falta grave incompetentemente prevista. A destacar, entre outros²⁰, o seguinte julgado:

CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO DA PENA. PORTE DE TELEFONE CELULAR. FALTA GRAVE. RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA.

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, em face da violação do princípio da legalidade, uma vez que a posse de telefone celular não está elencada no rol das faltas graves previsto no art. 50 da Lei de Execuções Penais.

II. A Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e de seus componentes e

¹⁹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 25.

²⁰ HC 69.581/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 320; HC 64.584/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 20/11/2006, p. 355; HC 61.582/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 27/11/2006, p. 298; HC 58.928/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 02/10/2006, p. 298; REsp 825.507/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 344; HC 59.436/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 04/09/2006, p. 316; HC 49.163/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2006, DJ 12/06/2006, p. 513; HC 45.278/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 15/05/2006, p. 245; HC 46.545/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 03/04/2006, p. 378.

acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

III. Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da imposição de sanções administrativas ao paciente.

IV. O Projeto de Lei que altera o artigo 50 da Lei de Execução Penal, para prever como falta disciplinar grave a utilização de telefone celular pelo preso, ainda está tramitando no Congresso Nacional.

V. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que determinou a anotação da falta grave e a retificação do cálculo de liquidação das penas do paciente.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 52.208/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 20/11/2006, p. 346)

Nesse caso levado à Corte Superior, as autoridades dos estabelecimentos prisionais, após instauração de procedimento administrativo, concluíram pelo cometimento de falta grave com fulcro na Resolução n. 113 da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e representaram ao Juízo de Execuções pela aplicação das sanções decorrentes do cometimento de falta grave. A irresignação sustentava-se na violação ao princípio da legalidade, pela configuração de falta sem que houvesse previsão legal, e na incompetência do meio elegido para constituir conduta faltosa, teses acolhidas pelo Eminentíssimo Ministro Relator.

Mesmo que a mais afinada jurisprudência entendesse por incabível a punição disciplinar pelo uso de telefone celular ante a ausência de previsão legal, fazia-se necessário o controle de tal conduta pelo Estado, fins de que o isolamento do delinqüente de seus pares não fosse frustrado pelo uso da comunicação telefônica móvel.

O cabimento de sanção disciplinar à posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico que permitisse a comunicação dos presos entre si ou com o ambiente exterior, bem como de aparelho de rádio ou similar para o mesmo fim, foi legalmente formalizada pela edição da Lei n. 11.466, de 28 de março de 2007, que, no tocante à Lei de Execução Penal, fez por incluir essas disposições no artigo 50 pela adição do inciso VII.

Não se buscava tornar o preso incomunicável, mas tolher daqueles que optavam por continuar a delinquir a possibilidade de manterem-se inseridos na vida criminosa mediante a limitação da comunicação com o ambiente externo não passível de controle pelas autoridades administrativas prisionais. Almejava-se dar à sociedade uma resposta face à crescente criminalidade organizada a partir dos presídios.

Dessa forma, formalizada por lei a tipificação da indesejada conduta como falta grave, deu-se azo à sua punição pelas vias legalmente previstas, desde que respeitado o rito previsto nos demais artigos da LEP, que será objeto de exposição mais adiante, a partir do item 2.3.

2.2.4 A posse de partes do telefone celular na jurisprudência

Solucionada a falta de previsão legal para a punição da conduta, com outra questão passaram a se deparar as cortes nacionais: a de como se enquadraria a posse de componentes de telefone celular isolados das demais peças constituintes do aparelho.

A pertinência disso insere-se na tipificação: se o aparelho utilizado deve permitir comunicação entre presos ou com o ambiente externo ao cárcere, a própria redação da norma limita o âmbito de sua aplicação, pois, sob um olhar ligeiro, aqueles que se encontrassem na posse de baterias, placas eletrônicas (*chips*), carregadores ou aparelhos desprovidos desses itens não estariam fazendo nada de reprovável, eis que ausente previsão legal.

No entanto, a incauta disposição disciplinar teve sua limitação muitas vezes contornada pela argumentação jurídica. A seguir são colacionadas algumas decisões ilustrativas do tratamento dado ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2.2.4.1 Supremo Tribunal Federal

Os poucos julgados encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da configuração de falta grave pela posse de componentes de aparelho telefônico móvel versam pelo reconhecimento do cometimento da infração disciplinar. Nos arestos de motivações mais consonantes entre si²¹, os arrazoados adotam interpretação teleológica da norma contida no inciso VII do artigo 50 da LEP, expondo que, se sua finalidade é inibir a comunicação dos presos com o ambiente externo, também cabível a punição da posse dos elementos necessários a tanto.

A exemplificar, a ementa do julgamento do RHC 106481/MS:

CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis. 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a conseqüente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso.

(RHC 106481, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-042 DIVULG 02-03-2011 PUBLIC 03-03-2011 EMENT VOL-02475-01 PP-00126 RTJ VOL-00219- PP-00540)

Nessa decisão, a Ministra Carmen Lúcia desenvolveu sua argumentação no sentido de que a punição da posse de elementos constituintes de aparelho celular não estaria a fazer nova tipificação penal, mas a dar à norma existente o seu devido dimensionamento, revelando a intenção do legislador, o qual não teria se expressado adequadamente quando da confecção do dispositivo legal.

²¹ RHC 106481, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-042 DIVULG 02-03-2011 PUBLIC 03-03-2011 EMENT VOL-02475-01 PP-00126 RTJ VOL-00219- PP-00540; HC 105973, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 25-05-2011 PUBLIC 26-05-2011; HC 99896, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-02 PP-00487 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 277-281.

Diferentemente, a Ministra Ellen Gracie entendeu haver na LEP suficiente previsão legal para a caracterização de falta grave ao apreciar o HC 97135/SP²².

2.2.4.2 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça tem também admitido a extensão dos efeitos sancionadores aos condenados que estejam na posse de partes de aparelho de telefonia móvel e vem há mais tempo lidando com essa questão do que o Supremo Tribunal Federal.

A Corte Superior, conferindo interpretação teleológica ao dispositivo da LEP, trabalha com a idéia de que basta à punição a posse de elemento essencial ao funcionamento de telefone celular, eis que, por ser fracionável, “entendimento contrário permitiria a entrada gradual de todos os componentes necessários à utilização de um celular, pois os apenados poderiam receber separadamente os itens integrantes do aparelho telefônico”²³.

Dessa forma, ainda que não decorra de expressa disposição legal, o *status* de falta grave vêm sendo conferido pela jurisprudência do STJ à posse de partes de telefones celulares por presos, tanto de placas eletrônicas (*chips*)²⁴, como de

²² HC 97135, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00176

²³ HC 147.708/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 04/05/2011, p. 4.

²⁴ REsp 1287956/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012; HC 173.327/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012; HC 227.847/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012; HC 217.104/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 27/02/2012; HC 187.807/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 01/03/2012; HC 174.279/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 09/02/2012; HC 213.789/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011; HC 170.305/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011; HC 190.066/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 04/05/2011; HC 114.894/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 06/12/2010; HC 154.356/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 18/10/2010; HC 133.986/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2010, DJe 21/06/2010; REsp 1112074/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 09/11/2009; HC 139.789/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; HC 129.499/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 08/09/2009.

baterias²⁵ e carregadores²⁶. Já a posse de fones de ouvido não foi considerada passível de punição quando do julgamento do HC 197.656/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, em 31/05/2011, pois não era essencial ao uso do telefone móvel²⁷.

A ementa a seguir, de decisão que manteve punição em caso de posse de telefone móvel sem *chip* inclusive, traz em seu corpo síntese do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. POSSE DE TELEFONE MÓVEL SEM CHIP.

PEÇAS DO CELULAR QUE PODEM SER AGRUPADAS APENAS QUANDO NECESSÁRIO.

INTENÇÃO DO LEGISLADOR DE DIFICULTAR NOVAS PRÁTICAS DELITIVAS. FALTA GRAVE CONFIGURADA. REGRESSÃO AO REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONSEQUÊNCIA LEGALMENTE PREVISTA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 127 DA LEP DECLARADA PELO STF. SÚMULA VINCULANTE N.º 09. ORDEM DENEGADA.

I. A intenção essencial do legislador, ao editar a Lei n.º 11.466/2007, é impedir a comunicação do preso com outros apenados ou com o ambiente externo, buscando-se dificultar que o mesmo continue, de qualquer forma, colaborando com novas práticas criminosas.

²⁵ HC 226.745/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012; HC 195.401/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011; HC 162.526/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010.

²⁶ HC 197.656/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011; HC 180.262/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 04/05/2011; HC 147.708/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 04/05/2011; REsp 1056525/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009.

²⁷ HABEAS CORPUS. POSSE DE CARREGADOR DE APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ELEMENTO ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DO CELULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. FALTA GRAVE CONFIGURADA.

1. De acordo com o art. 50, VII, da Lei de Execuções Penais, pratica falta grave o apenado 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".

2. Na hipótese, a paciente foi surpreendida na posse de um carregador de telefone celular e de um fone de ouvido. **Esse último acessório, por certo, não se revela essencial à utilização dos telefones. Assim, sua posse não caracteriza falta grave.**

3. Ao revés, o carregador se apresenta como peça indispensável, pois a bateria dos telefones celulares, quando muito, possui carga suficiente para apenas uma semana. Para que o referido aparelho continue a funcionar, indispensável a recarga.

4. Considerando-se que a conduta foi praticada em um momento posterior à Lei nº 11.464/07, configurada está a falta grave.

5. Ordem denegada.

(HC 197.656/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011)

II. A apreensão do aparelho celular, com ou sem chip, ou de qualquer elemento necessário ao seu funcionamento caracteriza a conduta descrita na Lei de Execuções Penais como falta grave, devendo ser penalizada, para que a finalidade da legislação supracitada seja respeitada, bem como para se afastar a possibilidade de que as peças do telefone móvel sejam divididas entre os presos, sendo agrupadas apenas quando necessário.

III. O cometimento de falta grave implica em regressão de regime, conforme se infere do art. 118, inciso I c/c art. 50, inciso II, ambos da LEP. Precedentes.

IV. Comprovada a falta grave, cabe ao juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido ou à coisa julgada.

V. A prática de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição, nos exatos termos do art. 127 da Lei n.º 7.210/84, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, não se aplicado à hipótese o limite temporal de 30 dias anteriores ao cometimento da falta grave, de acordo com o Enunciado da Súmula Vinculante n.º 09.

VI. Ordem denegada.

(HC 190.884/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 19/05/2011)

O Ministro Gilson Dipp, relator do aresto acima colacionado, argumentou em favor da intenção do legislador de impedir a comunicação entre apenados ou deles com o ambiente externo e que, para que essa finalidade seja respeitada, deve ser punida a conduta, de modo a evitar que as peças divididas sejam reagrupadas quando necessário.

2.2.4.3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem, nos últimos anos, apresentando dois posicionamentos em relação ao tema: um, com decisões que se alinham às do Superior Tribunal de Justiça; outro, não considerando ser falta grave a posse de componentes de telefone, deixando de determinar a aplicação de qualquer sanção disciplinar além das já executadas na via administrativa.

Consoantes à jurisprudência da Corte Superior, muitos julgamentos sustentam ser passível de punição por falta grave o reeducando em posse de componentes de aparelho telefônico, ainda que essa conduta esteja prevista como

falta média no Regimento Disciplinar Penitenciário²⁸. A hierarquia normativa superior da Lei de Execução Penal, somada à sua interpretação já sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal, estaria por legitimar as severas punições aplicáveis à conduta. Dessas decisões²⁹, a destacar:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LATROCÍNIO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, COM RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO A QUO. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. ART. 118, INC. I, DA LEP. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PRESERVADO. Se o apenado, ao retornar de uma saída temporária, é flagrado, durante a revista, com um chip de celular escondido no cós de uma calça, comete falta disciplinar de natureza grave, situação que enseja a regressão de regime, nos termos do art. 118, inc. I, da LEP. Outrossim, o reconhecimento da falta grave não fere o princípio da proporcionalidade no caso em apreço. Uma vez permitido ao reeducando deixar o estabelecimento penal em um sinal de confiança e com o objetivo maior de concretizar sua paulatina ressocialização, era de se esperar que correspondesse à confiança que lhe fora depositada, cumprindo as normas legais e retornando à casa prisional sem trazer escondido objeto proibido em suas vestes. Estando a conduta do recorrente enquadrada nos arts. 50, inc. VII, da LEP e art. 11, inc. IX, do Decreto nº 46.534, de 04/08/09 (Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do RS), com a redação dada pela Lei nº 11.466/07, que arrolam como falta disciplinar de natureza grave a posse de aparelho telefônico que permita a comunicação com outros presos e com o ambiente externo, aí considerado também o chip, conforme entendimento do STJ, não há como vingar a pretensão de reconhecimento de prática de falta disciplinar de natureza média. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70049146889, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 19/07/2012).

²⁸ Art. 12 – Serão consideradas faltas de natureza média: [...] XII – possuir qualquer componente de aparelho telefônico, rádio ou similar que contribua para a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; [...]

²⁹ Agravo Nº 70049675127, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 05/09/2012; Agravo Nº 70048995823, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 19/07/2012; Agravo Nº 70048480503, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 14/06/2012; Agravo Nº 70049018203, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 13/06/2012; Agravo Nº 70047899075, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 24/05/2012; Agravo Nº 70048220487, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 26/04/2012; Agravo Nº 70046684288, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 21/03/2012; Agravo Nº 70043278506, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 15/12/2011; Agravo Nº 70042101428, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 13/10/2011; Agravo Nº 70043811744, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 28/09/2011; Agravo Nº 70041550328, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 01/06/2011; Agravo em Execução Nº 70040978363, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 24/03/2011; Agravo Nº 70038352977, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 28/01/2011; Agravo Nº 70039623160, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 12/01/2011; Agravo Nº 70038588240, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 11/11/2010.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE CHIP DE APARELHO CELULAR. FALTA GRAVE. CONSEQUÊNCIAS. 1. PRELIMINAR DEFENSIVA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO E NULIDADES INOCORRENTES. Procedimento que tramitou sob a égide do Decreto nº 46.534, de 04.08.2009. Prazo prescricional de 30 dias úteis, para conclusão do PAD (art. 37, parágrafo único do RDP). Hipótese na qual o PAD foi instaurado em 09.05.2010 e concluído somente em 23.08.2010, extrapolando o prazo de 30 dias úteis. Prescrição que não inviabiliza a apuração judicial da falta, que não só não se submete aos prazos previstos pelo RDP às autoridades administrativas, como não tem o condão de macular a esfera judicial, que é absolutamente independente da administrativa. Eventual irregularidade restou suprida pela ouvida judicial do apenado. Preliminar rejeitada. 2. POSSE DE CHIP DE CELULAR. FALTA DE NATUREZA GRAVE. O detento que for surpreendido na posse de chip, componente essencial ao funcionamento de aparelho celular, que viabiliza a vedada comunicação com o ambiente extramuros, sem o menor controle, pratica falta de natureza grave. Art. 50, VII da LEP. Precedentes do STJ e STF. Condenado que confessou a posse do chip. Agente penitenciário que declarou ter observado que o apenado levava o chip grudado no rosto, dentro do albergue. Falta grave reconhecida. Prevalência das disposições da LEP, que prevê a conduta como falta grave, sobre as do RDP, aprovado pelo Decreto nº 46.534/2009, que a prevê como falta média, não só em função da hierarquia das normas, mas, também, da função meramente regulamentadora do decreto, que não pode contrariar a lei que regulamenta. AGRAVO EM EXECUÇÃO PROVIDO. FALTA GRAVE RECONHECIDA. (Agravos Nº 70046996047, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 11/04/2012)

No primeiro aresto, o Desembargador José Conrado Kurtz de Souza entendeu haver a configuração de falta grave pela posse de *chip* de telefone celular, aliando a previsão legal contida no artigo 50, inciso VII, da LEP à disposição do artigo 11, inciso IX, do RDP, que a reproduz, ambas sacramentadas, em tese, pela jurisprudência vertida pelo Superior Tribunal de Justiça. No segundo aresto, a Desembargadora Fabianne Breton Baisch justifica a caracterização de falta de natureza grave pela existência de jurisprudência na Corte Superior e no Supremo Tribunal Federal nesse sentido e afasta a aplicação do RDP no tocante à configuração de falta grave com fulcro na relação de hierarquia normativa.

O outro posicionamento manifestado pelo Tribunal de Justiça se atém rigorosamente à letra da lei, entendendo que a falta grave do artigo 50, inciso VII, da LEP deve abranger somente os aparelhos efetivamente capazes de proporcionar comunicação com o ambiente externo, ou seja, telefones, rádios ou similares que estejam em pleno funcionamento, constituindo-se a punição pela posse de elementos ou componentes analógica *in malam partem*. Por vezes, os defensores desse entendimento mencionam que a conduta seria corretamente punida se

observada a tipificação de falta média, contida no artigo 12, inciso XII, do Regimento Disciplinar Penitenciário.

Esse posicionamento manifesta-se em várias decisões³⁰, das quais duas são colacionadas:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. POSSE DE APARELHO CELULAR SEM CHIP. NÃO RECONHECIMENTO. A posse de aparelho celular sem chip constitui falta de natureza média. Falta grave afastada, bem como seus consectários legais. AGRAVO PROVIDO. POR MAIORIA. (Agravos Nº 70049181902, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 28/06/2012)

EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE CARREGADOR DE CELULAR. ART. 50, VII, DA LEP. FALTA GRAVE. Não há como aceitar equivalência entre a posse de um carregador de celular e aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Princípio da reserva legal. AGRAVO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravos Nº 70044415628, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 16/02/2012)

No primeiro aresto, o Desembargador Nereu José Giacomolli entendeu não haver como reconhecer a falta grave, pois um aparelho celular sem chip não estaria apto a possibilitar a comunicação referida pelo inciso VII, artigo 50, da LEP. Com a divergência da revisora, o agravo foi provido por maioria.

No segundo aresto, o Desembargador Ivan Leomar Bruxel votou pelo provimento do agravo defensivo e revogação da decisão hostilizada, que homologou o processo administrativo disciplinar reconhecendo a prática de falta grave. Seu argumento foi o de que não há como confundir um carregador de bateria com um aparelho que permita a comunicação do preso com outros ou com o ambiente externo.

³⁰ Agravo Nº 70047262464, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 15/08/2012; Agravo Nº 70029998416, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 31/07/2012; Agravo Nº 70046596953, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 23/03/2012; Agravo Nº 70046961652, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 15/03/2012; Agravo Nº 70046115192, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 14/12/2011; Agravo Nº 70045137676, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 26/10/2011; Agravo Nº 70041788134, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 20/04/2011; Agravo em Execução Nº 70036712883, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 04/08/2010.

2.3 PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Quando da execução da pena privativa de liberdade, o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa do estabelecimento prisional³¹.

Em se tratando de falta grave, deve ser instaurado procedimento disciplinar, eis que a sanção passível de aplicação também não deixa de ser grave³², assegurando-se o direito de defesa ao acusado³³.

A redação original do artigo 60 da LEP dispunha que a autoridade administrativa poderia decretar preventivamente o isolamento do preso faltoso, pelo prazo máximo de dez dias, no interesse da disciplina e da averiguação do fato. Embora a redação desse dispositivo, ao ser alterada pela publicação da Lei n. 10.792/2003, tenha deslocado os motivos do isolamento para a justificação da adoção do regime disciplinar diferenciado, suas finalidades se mantêm como outrora³⁴.

Favorável ao isolamento temporário, Júlio Fabbrini Mirabete leciona:

[...] é possível que, para a apuração da autoria do fato, seja necessário que os indigitados faltosos sejam separados antes dos interrogatórios e da colheita dos depoimentos e outras provas, não se permitindo que, por ajustes ou ameaças, se impeça a Administração de apurar regularmente os fatos. Assim, possibilita a lei que o diretor do presídio decrete o isolamento preventivo dos faltosos, evitando que se comprometa a regularidade e eficiência do procedimento disciplinar.³⁵

O isolamento temporário serviria a evitar que a apuração do cometimento de falta disciplinar sofresse a interferência do preso acusado, auxiliando no não

³¹ Art. 47, *caput*, LEP.

³² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**: Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 81-82.

³³ *Ibid.*, p. 82.

³⁴ A redação original do art. 60 consignava que a autoridade administrativa poderia decretar o isolamento preventivo do faltoso no interesse da disciplina e da averiguação do fato. A alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003 resultou na seguinte redação: "A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso, pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente".

³⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 169

comprometimento da investigação administrativa. Dessa posição, entretanto, não compartilha Nogueira:

[...] o isolamento pelo prazo de dez dias, a nosso ver, está revogado com a Constituição de 1988, pois se é vedada a incomunicabilidade do preso no estado de defesa (art. 136, § 3º, IV), com muito mais razão não poderá haver incomunicabilidade e isolamento no estado de direito.³⁶

É essa uma importante observação, pois seria uma incoerência do sistema jurídico permitir a incomunicabilidade na vigência do Estado de Direito e vedá-la quando de Estado de Exceção.

2.3.1 Sanções administrativas aplicáveis à prática de falta grave

Conforme determinação do parágrafo único do artigo 57 da LEP, dentre as sanções disciplinares previstas no seu artigo 53³⁷ podem ser aplicadas aos que cometeram falta grave a suspensão ou restrição de direitos e o isolamento, eis que a advertência verbal e a repreensão são reservadas à punição das que cometem faltas leves e médias e a inclusão no regime disciplinar diferenciado é destinada aos que praticam fato previsto como crime doloso na hipótese prevista no artigo 52 da mesma lei³⁸.

Os direitos a serem suspensos ou restringidos são: proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes³⁹.

³⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**: Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 82.

³⁷ Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003).

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 160.

³⁹ Art. 41, incisos V, X e XV, LEP.

2.3.2 Individualização da pena disciplinar

O arbítrio das sanções disciplinares deve levar em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão⁴⁰.

Ao deter-se sobre a individualização da pena disciplinar, Renato Flávio Marcão aponta a necessidade de que a sanção seja particularizada e estabelecida proporcionalmente à conduta, “aferindo caso a caso a natureza e a gravidade da infração praticada, bem como as circunstâncias do fato e a pessoa do faltoso”⁴¹.

Mirabete mostrando-se sensível, também, à casuística, leciona que, entre outros critérios, “devem ser levadas em conta as conseqüências da falta, que poderão ser relevantes ou quase nulas, [...] devem ser consideradas as demais circunstâncias do fato, como os motivos determinantes, os meios utilizados, o concurso com outros presos, [...]”⁴². Continua o autor: “a relevância das circunstâncias objetivas ou subjetivas que envolvem a falta disciplinar, segundo tais critérios, poderá indicar até a desnecessidade de sanção disciplinar ou, na aplicação, a opção por uma das sanções previstas para a infração”⁴³.

2.3.3 Da tentativa

A tentativa é punida com a sanção correspondente à falta consumada, ou seja, “tentada ou consumada, à conduta ensejadora de falta disciplinar grave caberá a mesma sanção, sem qualquer abrandamento”⁴⁴, não se aplicando a regra de diminuição de um a dois terços do Código Penal⁴⁵.

A redação do inciso VII do artigo 50 foi de tal forma confeccionada que não há espaço para a tentativa: “tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico,

⁴⁰ Art. 57, *caput*, LEP.

⁴¹ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 42-43.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 159

⁴³ MIRABETE, *loc. cit.*

⁴⁴ MARCÃO, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵ Código Penal, art. 14, parágrafo único: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”. Ainda que alguém possa tentar “utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar”, essas condutas presumem a primeira para sua execução, ou seja, ter “em sua posse”. Alguém pode tentar adquirir, comprar, roubar, furtar um objeto, pois a tentativa pode existir para verbos de ação; ter, assim como ser e estar, indica um estado a que se chegou após a prática de uma ação. Ter “em sua posse” pode perfeitamente ser substituído por “estar em posse de” sem prejuízo algum de sentido, não podendo alguém tentar estar em posse de algo sem antes praticar uma ação direcionada a esse fim, uma ação visando à obtenção. A punição da posse afasta o cabimento da tentativa.

2.3.4 Limitação temporal das sanções disciplinares

O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias⁴⁶, restando vedada a aplicação de sanções por tempo indeterminado.

Ainda, se pela autoridade administrativa tiver sido decretado o isolamento preventivo do faltoso, o tempo que tiver perdurado essa segregação deverá ser computado no período de cumprimento da sanção disciplinar⁴⁷.

Opera-se, assim, a detração da sanção disciplinar que, de forma similar à detração penal, prevê o cômputo do tempo em que o apenado esteve segregado para fins procedimentais de averiguação do fato ou no interesse da disciplina.

2.3.5 Competência para a aplicação das sanções disciplinares

As sanções de suspensão ou restrição de direitos (bem como o isolamento) são aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento⁴⁸.

⁴⁶ Art. 58, *caput*, LEP.

⁴⁷ Art. 60, parágrafo único, LEP.

⁴⁸ Art. 54, *caput*, e art. 60, *caput*, LEP.

O preso tem o dever de submeter-se à sanção disciplinar imposta⁴⁹ e sua recusa ou resistência poderá constituir uma nova falta disciplinar, sem prejuízo da execução coercitiva da primeira⁵⁰.

2.4 REPRESENTAÇÃO AO JUIZ DA EXECUÇÃO

O cometimento de falta grave enseja a representação ao juiz da execução pela autoridade administrativa para a regressão do regime de cumprimento de pena (art. 118, I, LEP), revogação de autorização de saídas temporárias (art. 125, LEP) e revogação de até um terço do tempo remido (art. 127, LEP)⁵¹.

Autuada a portaria, serão ouvidos pelo magistrado, em três dias, o Ministério Público e o condenado, cabendo ao juiz ordenar a produção de prova se indispensável ao seu convencimento⁵².

2.4.1 Regressão do regime

Regressão é a passagem de regime menos severo ao mais rigoroso⁵³. A decisão sobre a regressão de regime compete ao juiz da execução⁵⁴, não podendo a autoridade administrativa determiná-la⁵⁵.

Conforme o parágrafo segundo do artigo 118, o condenado deverá ser ouvido previamente à decisão sobre a regressão de regime decorrente da prática de falta grave. Leciona Mirabete que “em consequência da jurisdicionalização da execução penal, por ofensa ao princípio do contraditório, nula é a decisão que determina a regressão do condenado sem sua prévia audiência”⁵⁶.

⁴⁹ Art. 39, inciso VI, LEP.

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 116. Com adaptações.

⁵¹ Art. 48, parágrafo único, LEP.

⁵² Art. 196, LEP.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1038.

⁵⁴ Art. 66, inciso III, alínea b.

⁵⁵ MIRABETE, *op. cit.*, p. 486.

⁵⁶ MIRABETE, *op. cit.*, p. 493.

Para Mirabete, ainda, uma vez decretada a regressão, nova progressão somente poderá ocorrer após o cumprimento de um sexto da pena restante. Essa exigência, embora não esteja expressamente disposta na Lei de Execução Penal, decorreria da leitura de seu artigo 112, o qual teria por requisito esse período de cumprimento de pena no regime mais gravoso para a progressão⁵⁷.

Em sentido contrário, o Desembargador Odone Sanguiné, enquanto atuante na 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, defendeu que o cometimento de falta grave não acarretaria a interrupção do prazo para a progressão de regime prisional, em virtude do princípio constitucional da legalidade. Para o jurista, o artigo 118 da LEP não faria previsão acerca da alteração da data-base de cumprimento da pena pelo cometimento de falta disciplinar de natureza grave, mas somente da regressão de regime prisional; do contrário, estar-se-ia fazendo interpretação analógica da lei sem base legal e em prejuízo ao apenado⁵⁸.

2.4.2 Revogação de autorização de saídas temporárias

Nos termos do artigo 122, LEP, aqueles que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nas hipóteses de visita à família, freqüência a curso supletivo profissionalizante ou de instrução do segundo ou superior (na Comarca do Juízo da Execução) e de participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social⁵⁹.

O benefício é concedido por decisão motivada do juiz da execução, após serem ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, dependendo, também, da satisfação pelo reeducando de requisitos objetivos (cumprimento mínimo de um sexto da pena se primário ou de um quarto se reincidente) e

⁵⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. p. 503.

⁵⁸ Agravo Nº 70041832916, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 19/05/2011; Agravo Nº 70041554205, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 28/04/2011; Agravo Nº 70041791377, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 28/04/2011; Agravo Nº 70041003641, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 17/03/2011; Agravo Nº 70039855564, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 24/02/2011.

⁵⁹ Art. 122, LEP.

subjetivos (comportamento adequado e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena)⁶⁰.

A punição pela prática de falta grave enseja a revogação automática da autorização para saídas temporárias e a obtenção de novo benefício dependerá do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração de merecimento pelo condenado⁶¹.

Para Nogueira, entretanto, não pode haver a revogação automática do benefício, pois o condenado deve ser previamente ouvido em respeito ao princípio do contraditório, consagrado no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil⁶².

2.4.3 Perda do direito de remição

A remição, segundo Ricardo Antônio Andreucci, “é um direito do condenado, que pode reduzir, pelo trabalho no interior do sistema prisional, o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semiaberto”⁶³. Nogueira afirma que “a remição da pena pelo trabalho consiste justamente no resgate ou possibilidade de o preso abater, através do trabalho, parte de sua pena, tornando-se assim útil a si mesmo e à sociedade”⁶⁴.

Para cada três dias de trabalho o condenado poderá remir um dia de pena, benefício que se mantém inclusive se ficar impossibilitado de prosseguir no trabalho em razão de acidente⁶⁵.

Conforme o artigo 127, LEP, ocorrendo falta grave, poderá ser decidida pelo Juízo a revogação de até um terço do tempo remido, com vistas à individualização

⁶⁰ Art. 123, LEP.

⁶¹ Art. 125, LEP.

⁶² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**: Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 194.

⁶³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 8ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 369.

⁶⁴ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁵ Art. 126, §§ 1º e 2º, LEP.

da sanção (art. 57, LEP), começando a contar novo período a partir da data da infração disciplinar⁶⁶.

2.4.4 Recursos cabíveis

Apona o artigo 197, LEP, que das decisões proferidas pelo juiz no processo de execução caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo. Segundo Marcão, o recurso de agravo é um recurso voluntário que deve seguir a disciplina do recurso em sentido estrito, eis que a LEP não faz alusão ao seu procedimento⁶⁷. Nogueira leciona que “devem ser aplicadas ao agravo as regras existentes para o recurso em sentido estrito, [...] pois justamente com ele se identifica o novel recurso”⁶⁸.

Assim, o prazo para sua interposição seria de cinco dias⁶⁹.

A petição do agravo, a ser interposta perante o juiz da execução com endereçamento ao tribunal competente para conhecê-lo e julgá-lo⁷⁰, poderá tanto vir acompanhada das razões como desacompanhada. Neste caso, o prazo para a apresentação das razões será de dois dias, conforme artigo 588 do Código de Processo Penal. Oportunizadas as contra-razões, será o agravo encaminhado ao juiz para reformar ou manter sua decisão.

Se a decisão do magistrado for mantida em juízo de retratação, os autos deverão ir ao tribunal competente. Uma vez recebidos na segunda instância, concede-se vista ao Ministério Público para confecção de parecer acerca da procedência ou improcedência do recurso. Após, o processo será encaminhado para julgamento.

⁶⁶ Art. 127, LEP.

⁶⁷ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 290.

⁶⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**: Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 325.

⁶⁹ Art. 586, Código de Processo Penal.

⁷⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Recursos em matéria criminal**: doutrina, jurisprudência, modelos de petição. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001. p. 362.

3 A CRIMINALIZAÇÃO A PARTIR DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

3.1 ANÁLISE DO TIPO PENAL

O intuito de criminalizar o uso de telefone celular por preso resultou na seguinte proposta de tipificação pelo Anteprojeto do Novo Código Penal (ANCP)⁷¹:

Introdução e uso irregular de aparelho móvel de comunicação

Art. 306. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Pena – prisão, de três meses a um ano.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o preso que utiliza o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, indevidamente ou sem autorização, em estabelecimento penal.

3.1.1 Bem jurídico protegido

Segundo lição de Francisco de Assis Toledo, bens jurídicos constituem-se em “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”⁷².

Para Aníbal Bruno, a função do tipo é descrever a ação que vem a ameaçar ou a ofender o bem a que se concede proteção penal⁷³. Assim, constrói-se a figura penal sobre o dano que o agente representa para determinado bem ao realizar a

⁷¹ BRASIL. Relatório final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de código penal. **Senado**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

⁷² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

⁷³ FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. **Direito Penal, tomo 4º, parte especial, I**: crimes contra a pessoa. São Paulo: Forense, 1966. pp. 33-34.

conduta tipicamente prevista e esse bem seria o motivo angular do preceito contido na norma⁷⁴.

Na investigação do bem jurídico protegido pelo parágrafo único do artigo 306 do Anteprojeto do Novo Código Penal, deve-se ter em vista que um bem pode ser passível de sofrer agressões de diversas maneiras, dando azo à construção de diferentes tipos penais com a finalidade de viabilizar a sua ampla proteção. Disso tem-se que “a identidade do bem considerado em vários tipos constitui um vínculo entre eles, que os agrupa em determinadas categorias, diferindo uns dos outros segundo certas condições”⁷⁵, ou seja, podemos fazer conjuntos de tipos vinculados a um bem jurídico, conforme suas peculiaridades.

Dessa forma, como não se faz cristalino o que a norma penal se destina a proteger, pode-se tomar por parâmetro o que as normas que lhe são avizinhas visam a resguardar para encontrar tal desiderato.

3.1.1.1 A administração da justiça

O artigo 306 do ANCP insere-se sob o título de “Crimes contra a administração da justiça”, que comporta, além dele, por exemplo, os delitos de fuga de pessoa presa ou submetida a medida sócio-educativa ou de segurança (art. 307), de evasão mediante violência contra a pessoa (art. 308), de arrebatamento de preso (art. 309) e de motim de presos (art. 310), todos esses correspondentes aos artigos 351, 352, 353 e 354 do atual Código Penal.

Todas essas condutas já tipificadas e reprisadas no Anteprojeto possuem como objeto jurídico a administração da justiça: visa-se à proteção da aplicação das sanções cominadas em lei, de forma a garantir que aqueles que se encontram em débito com a sociedade pela anterior violação de bens jurídicos não se furtem de atender integralmente às conseqüências da responsabilização penal pelos seus atos.

⁷⁴ FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. **Direito Penal, tomo 4º, parte especial, I: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Forense, 1966. p. 33.

⁷⁵ FIRMO, *op. cit.*, p. 35.

Sob o título de “Crimes contra a administração da justiça”, são essas as condutas puníveis mais próximas à da criminalização da utilização irregular de aparelho móvel de comunicação, eis que se referem ao preso seja como objeto do crime (arrebato de presos e fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança), seja como agente ativo (motim de presos e evasão mediante violência contra a pessoa). As demais condutas puníveis presentes sob o mesmo título situam-se principalmente nos âmbitos pré-processuais e processuais (auto-acusação falsa, comunicação falsa, falso testemunho, coação no curso do processo, por exemplo).

Note-se que a administração da justiça, bem jurídico a se proteger pelos tipos penais contextualmente próximos ao artigo 306 do Anteprojeto, é de fácil observação a partir da leitura das condutas descritas: “promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou que esteja cumprindo medida sócio-educativa ou medida de segurança internativa” (art. 307, ANCP); “evadir-se o preso ou indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa” (art. 308, ANCP); “arrebatar do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda, pessoa presa ou submetida a medida de segurança internativa ou que esteja cumprindo medida sócio-educativa, a fim de maltratá-la” (art. 309, ANCP); “amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou a disciplina da prisão” (art. 310, ANCP).

Decerto a administração da justiça restará prejudicada se ocorrerem algumas dessas condutas, pois é necessária a presença do segregado no ambiente legalmente previsto para que se realizem as pretensões punitivas do Estado e é necessária a manutenção da ordem e da disciplina prisional para que haja o regular cumprimento das penas e sua fiscalização.

Entretanto, a observação do bem jurídico a ser tutelado pelo parágrafo único do artigo 306 do ANCP não se mostra tão acessível como nos seus artigos próximos. Eis sua redação: “nas mesmas penas incorre o preso que utiliza o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, indevidamente ou sem autorização, em estabelecimento penal”.

Ao utilizar aparelho celular, rádio ou similar, o preso não estará, necessariamente, furtando-se da aplicação da lei penal ou trazendo complicações à manutenção da ordem e da disciplina do estabelecimento penal. A conduta não se

apresenta violenta como as demais que lhe são próximas, pois, diferentemente daquelas, onde há fuga, uso de violência, arrebatamento e maus-tratos e perturbação da ordem, nesta há a mera previsão de utilização de aparelho eletrônico de maneira desautorizada ou indevida, utilização essa que, tomada à parte e fora do contexto carcerário, em nada se diferenciaria daquela realizada por qualquer cidadão comum.

Assim, torna-se dificultosa a identificação da possível lesão ao bem jurídico 'administração da justiça' quando é descrita uma conduta comum que se diferencia das praticadas por pessoas ordinárias apenas por circunstâncias de lugar e de agente, sem tipificação sequer de uma finalidade reprovável, de algum fim apto a provocar ou representar dano a outrem. O que parece ocorrer é a simples transposição de uma conduta disciplinarmente punível no âmbito administrativo carcerário para a tutela repressiva penal e não há, ao menos, a apresentação de justificativa qualquer para tanto no Anteprojeto do Novo Código Penal.

3.1.1.2 A administração pública

No tocante à finalidade do *caput* do artigo 306 do ANCP, a de inibir o ingresso de aparelhos de comunicação móvel dentro de estabelecimentos prisionais, esse se assemelha ao escopo do artigo 319-A do atual Código Penal, que está inserido no título "Dos crimes contra a administração pública". Vejam-se as redações:

Introdução e uso irregular de aparelho móvel de comunicação

Art. 306. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. [...]

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007). [...]

O crime descrito na forma do mencionado artigo 319-A inexistente no Anteprojeto, restando neste unicamente o artigo 306 sobre o ingresso de aparelhos móveis de comunicação em estabelecimentos prisionais.

Aliás, não se deixa de reparar que as redações do parágrafo único do artigo 306 do ANCP e do inciso VII do artigo 50 da LEP compartilham do mesmo sujeito ativo (“o preso” ou “o condenado”), do mesmo objeto material (“aparelho telefônico, de rádio ou similar”) e do mesmo verbo nuclear (“utilizar”):

Introdução e uso irregular de aparelho móvel de comunicação

Art. 306. [...]

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o preso que utiliza o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, indevidamente ou sem autorização, em estabelecimento penal.

Das faltas disciplinares

[...]

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
[...]

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)

Destarte, pode-se dizer que o artigo 306 guarda suas semelhanças com os artigos 319-A do Código Penal e com o inciso VII do artigo 50 da Lei de Execução Penal, os quais foram incluídos em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 11.466, de 11 de março de 2007.

Se for cabível admitir que o artigo 306 do ANCP está a reproduzir a finalidade da Lei n. 11.466/07, uma vez que de sua redação parecer tomar grande inspiração, alguma análise a essa lei dispensada pode ser-lhe também compatível.

Nucci, ao comentar o artigo 319-A do Código Penal, assim se manifesta:

Cuida-se de norma advinda do conhecido problema de troca de mensagens freqüentes entre presos de diferentes lugares, bem como entre detentos e

peças livres, gerando o aprimoramento do crime organizado e aperfeiçoando as formas de liderança das organizações criminosas.⁷⁶

Para o magistrado paulista, essa troca de mensagens entre os presos ou entre eles e as pessoas livres os possibilitaria continuarem seus atos delitivos independentemente de estarem segregados de suas comunidades, liderando comparsas a agirem por seu comando⁷⁷.

Assim, não parece haver um bem jurídico próprio a ser protegido pela criminalização da utilização irregular de aparelho móvel de comunicação; antes, o que se mostra, é a preocupação de que, com a tipificação da conduta, o cometimento de outros crimes seja evitado.

Seria de boa técnica especificar no tipo quais crimes se pretende evitar, expondo-os como a finalidade da realização da conduta ou, ao menos, fazer constar que o objetivo de sua concretização é o cometimento de crimes, tal qual o crime de quadrilha ou bando⁷⁸.

Porém, esses crimes não são apontados pela norma e não há um juízo legal de qual seja a finalidade a reprovar: o que se parece querer é punir a mera conduta de uso, a qual se mostra vil mais em virtude da natureza do sujeito ativo (o preso) do que por outro motivo.

3.1.2 Sujeito ativo e sujeito passivo

Sujeito ativo “é quem pratica o fato descrito como crime na norma penal incriminadora”⁷⁹. Conforme descrito no parágrafo único do artigo 306, a pessoa apta a praticar o fato é quem estiver na condição de preso.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1077.

⁷⁷ NUCCI, *op. cit.*, p. 1078.

⁷⁸ O artigo 288 do Código Penal prevê que ao crime de quadrilha ou bando configura-se quando mais de três pessoas associam-se para cometer crimes. A associação de três ou mais pessoas em nada figura como digna de reprovação a menos que possua finalidade ilícita. O crime de prevaricação (artigo 319, CP) segue na mesma linha: é necessário que o retardo na prática de ato de ofício, sua omissão, ou prática desconforme disposição expressa de lei tenha a finalidade de satisfazer a interesse ou sentimento pessoal do funcionário público; sem a finalidade específica, não há crime.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 52.

Sujeito passivo “é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime”⁸⁰, ou seja, o titular do bem jurídico objeto da conduta ilícita, antijurídica e culpável.

Nucci aponta desdobramento do sujeito passivo em material (ou eventual) e formal (ou constante). O sujeito passivo material seria “o titular do bem jurídico diretamente lesado pela conduta do agente”⁸¹, enquanto o sujeito passivo formal seria “o titular do interesse jurídico de punir, que surge com a prática da infração penal”⁸².

Como já exposto, não parece ser possível precisar qual o bem jurídico o legislador visa a tutelar, restando prejudicada a nomeação de um sujeito passivo material. O Estado, detentor do interesse jurídico de punir, pode ser apontado como sujeito passivo formal.

3.1.3 Tipo objetivo e tipo subjetivo

Elementos objetivos são todas as conjunturas da ação típica que independem do sujeito agente, possuindo validade externa que não é restrita a ele, mas pode ser constatada por outras pessoas⁸³. Subdividem-se em descritivos (condições fáticas que podem ser verificadas pelos sentidos), e normativos (componentes do tipo cujo significado será encontrado por juízo de valoração jurídica ou cultural)⁸⁴.

O tipo objetivo é composto pelos elementos objetivos. São elementos objetivos descritivos “utiliza o aparelho telefônico de comunicação móvel e “de rádio”. “Preso”, “similar”, “indevidamente”, “sem autorização” e “estabelecimento penal” são elementos objetivos normativos, eis que seu significado é encontrado a partir de um juízo de valoração jurídica (“preso”, “indevidamente”, “sem autorização” e “estabelecimento penal”) ou cultural (“similar”, cuja definição deve ser dada pela apuração técnica da ciência a que corresponderem os dispositivos móveis de comunicação).

⁸⁰ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Volume I, tomo I. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 216.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 130.

⁸² NUCCI, *loc. cit.*

⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 153

⁸⁴ NUCCI, *op. cit.*, pp. 162-163

Elementos subjetivos referem-se aos motivos, às intenções do agente, constituindo o tipo subjetivo. No caso, é o dolo, que está implícito. Não há elementos subjetivos explícitos: pune-se o uso, desimportando o que isso venha a representar para o agente do crime. Não há descrição explícita dos desideratos da conduta de uso no tipo penal, que poderiam ser, por exemplo, “para cometer crimes” ou “para coordenar atividades delitivas”.

3.1.4 Consumação

Miguel Reale Júnior oferece interessante conceituação de consumação delitiva:

O conceito de consumação, sem dúvida, deduz-se da descrição constante da figura penal, podendo o legislador antecipar a consumação a momento anterior, por exemplo, ao da efetiva lesão ao bem jurídico que se visa a tutelar. A maior parte das figuras penais, no entanto, reproduz em abstrato um comportamento em seu integral desenvolvimento, procurando corresponder o quanto mais às notas características e essenciais daquela modalidade de conduta, não se antecipando ou se estendendo o momento consumativo, que decorre da própria natureza da ação incriminada.⁸⁵

A consumação de um crime ocorre quando os elementos do seu tipo legal encontram-se preenchidos por completo, quando se verifica que a ação resta “inteiramente adequada ao tipo penal, em todos os seus aspectos, objetivo e subjetivo”⁸⁶.

No caso do parágrafo único do artigo 306 do ANCP, cuja letra explícita se compõe unicamente de elementos objetivos, haverá a consumação do crime quando o preso utilizar aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, indevidamente ou sem autorização, em estabelecimento penal.

Como não é exigido nenhum resultado específico, bastará à consumação desse crime que ocorra a ação de utilização de aparelho móvel apto a possibilitar

⁸⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 191.

⁸⁶ REALE JÚNIOR, *loc. cit.*

comunicação e os demais elementos objetivos descritivos e normativos, sendo irrelevante o resultado de tal conduta.

3.1.5 Da tentativa

Crime tentado constitui-se em uma ação ou ações parcialmente adequadas ao tipo penal, no tocante ao seu aspecto objetivo⁸⁷, mas que preenchem os elementos de vontade da conduta necessários ao resultado.

Apropriadamente, Bitencourt faz as seguintes afirmações sobre tentativa:

A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade.

Na tentativa o movimento criminoso pára em uma das fases da execução, impedido o agente de prosseguir no seu desiderato por circunstâncias estranhas ao seu querer⁸⁸.

Na tentativa, presente o elemento de volição delitiva, algo frustra o *iter criminis* de ser percorrido até o ato de consumação, estancando-se ao alcançar os atos executórios.

Considerando que a utilização do aparelho móvel de comunicação se dará efetivamente para que haja comunicação entre partes, ou seja, descartando-se qualquer outra funcionalidade não direcionada à comunicação que porventura os dispositivos móveis possam vir a apresentar, há um breve suceder de ações relacionadas à realização da conduta tipificada, como sacar o aparelho, ajustá-lo à frequência desejada ou digitar o número a ser chamado, levá-lo às proximidades da face para falar ou ouvir. Ainda, seria possível a troca de mensagens de texto, sendo desnecessária qualquer verbalização.

A tentativa de consumação poderia ser verificada quando da interrupção de qualquer etapa passível de conjectura a ser inserida no *iter criminis* da utilização

⁸⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 192.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 236

desses aparelhos, mas há duas questões que entravam a aceitação de tão simples raciocínio.

A primeira refere-se à exposição do bem jurídico protegido a algum risco real de dano. Conforme leciona Nucci, “o objeto da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico corre, o que somente se configura quando os atos executórios [...] têm início com idoneidade para atingi-lo”⁸⁹.

Se não há a delimitação de um bem jurídico protegido pela proposta de criminalização da conduta, não há o que ser ameaçado de lesão ou posto em risco real de dano. Ademais, uma conduta como essa, que não é qualificada pelo seu resultado, dificilmente terá seus efeitos conhecidos até que se consuma e somente aí se poderá constatar a ocorrência de um dano, a quê e em que grau. Não soa razoável a punição da tentativa de utilização de aparelho celular por preso para comunicar-se com seus familiares, se não há idoneidade da ação para expor bem jurídico a risco.

A segunda questão diz respeito à admissibilidade dessa criminalização como punição de atos preparatórios para outros delitos, o que parece ser o caso. Sendo a conduta de utilização irregular de aparelho de telefonia móvel ou similar entendida como meio para realização de outros crimes, há a criminalização de um ato preparatório.

Ainda em Nucci, “quando o tipo penal é constituído de atos formadores da fase preparatória de outro delito, é natural que não admita tentativa, pois seria ilógico punir a ‘tentativa de dar início à preparação de outro delito’”⁹⁰. A punição da tentativa de tentar cometer um crime parece encontrar-se deveras distante do princípio da ofensividade do Direito Penal.

Dessa forma, dadas as dificuldades de determinação do bem jurídico tutelado pela norma proposta e da aparente finalidade que lhe foi conferida, não se mostra cabível a punição da tentativa para a utilização de aparelho de comunicação por preso nos moldes em que se apresenta no ANCP.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 174.

⁹⁰ NUCCI, *loc. cit.*

3.1.6 Exclusão de tipicidade (crime impossível)

Crime impossível é aquele em, após ter sido praticado o fato, “verifica-se que o agente nunca poderia consumir o crime, quer pela ineficácia absoluta do meio empregado, quer pela absoluta impropriedade do objeto material (pessoa ou coisa sobre que recai a conduta)”⁹¹. Constitui, em nosso ordenamento jurídico, uma tentativa não punível, de acordo com o artigo 17 do Código Penal: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Norma semelhante encontra-se no artigo 26 do Anteprojeto: “Não há crime quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível a sua consumação”.

Conforme demonstrado anteriormente, é bastante comum na esfera administrativa a punição da posse de elementos constitutivos de telefones celulares, como placas eletrônicas, baterias, carregadores e aparelhos desprovidos desses itens, pela configuração de falta disciplinar de natureza grave.

Ocorrendo a hipótese de um apenado ser flagrado tentando utilizar aparelho de comunicação móvel desprovido de algum item que lhe seja essencial ao funcionamento, presume-se que não se lhe poderá estender os efeitos da norma penal tal como se faz na jurisprudência construída pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à falta disciplinar, sob pena de prejuízo ao corolário mais célebre do princípio da legalidade: “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.

Em outras palavras, sendo criminalmente tipificada a conduta de utilização de aparelho de comunicação móvel, o dispositivo eletrônico desprovido de *chip* ou de bateria, ou, ainda, descarregado de energia elétrica, não estará apto a proporcionar ao agente a realização do tipo penal.

Portanto, sendo o meio de realização da conduta totalmente ineficaz, não há falar em punição do preso que estiver utilizando aparelho de comunicação móvel

⁹¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume I:** parte geral. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.

que não possibilite comunicação alguma, eis que há a exclusão da tipicidade pela configuração de crime impossível.

3.1.7 Exclusão da ilicitude (exercício regular de direito)

A norma contida no parágrafo único do artigo 306 do ANCP prevê que incorre na pena de prisão, de três meses a um ano, o preso que realizar a conduta ali descrita sem autorização ou indevidamente. Disso presume-se que, havendo autorização ou sendo o uso devido, não subsistirá motivo para se lhe aplicar punição.

Caso o preso esteja autorizado a fazer uso do objeto material do crime, estará fazendo exercício regular de direito que lhe foi conferido, o que é causa de exclusão da ilicitude. Não há como ser antijurídico o exercício regular de um direito⁹².

Tanto o atual Código Penal, em seu artigo 23, inciso III, como o Anteprojeto, no seu artigo 28, inciso II, dispõem não haver fato criminoso quando o agente o pratica no exercício regular de direito. Sobre a acepção da palavra “direito” nesse contexto, Damásio de Jesus leciona que deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo todo o ordenamento jurídico⁹³. Nucci pensa da mesma forma, dizendo que a interpretação do termo “direito” deve ser ampla e não estrita, uma vez que se está tratando de excludente de ilicitude e não de norma incriminadora⁹⁴.

Imagina-se que a finalidade dessa utilização deva ser para o atendimento de alguma necessidade do preso referente a assistência (nas hipóteses previstas no artigo 11 da LEP) ou trabalho externo (art. 36 da LEP) e que a conduta deva ser executada em objeto fornecido pelo próprio estabelecimento prisional e imediatamente recolhido após cessada sua necessidade de uso. Ideal seria que a autoridade a conferir autorização ao preso seja a que maior posição de hierarquia ocupar dentro do estabelecimento, manifestando-se por escrito.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 148

⁹³ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume I: parte geral**. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 360-361.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 248

3.1.8 Concurso de agentes

Concurso de agentes é a comunhão de esforços de várias pessoas para atingir o objetivo de infringir a norma penal, ainda que nem todos os partícipes partam das mesmas motivações.

Conforme Bitencourt,

As razões que podem levar o indivíduo a consorciar-se para a realização de uma empresa criminosa podem ser as mais variadas: assegurar o êxito do empreendimento delituoso, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais.⁹⁵

Imagina-se que o concurso de agentes possa dar-se pela associação de vários presos com a finalidade de que um, ao menos, possa utilizar-se de aparelho de comunicação móvel, enquanto os demais responderiam pelo fornecimento do dispositivo inteiro ou de seus componentes ou pela vigilância do ambiente durante o cometimento do ilícito.

O concurso de pessoas para o cometimento desse delito seria eventual, eis que o crime pode ocorrer tanto por operação solitária de apenado como pela combinação de esforços de outros.

3.1.9 Classificação do delito proposto

O delito proposto pelo parágrafo único do artigo 306 do ANCP pode ser classificado como crime de mão própria (“somente pode ser cometido por ação direta, pessoal, do agente referido no tipo”⁹⁶), comissivo (“utilizar” implica a realização de uma ação positiva), formal (não há a exigência de resultado danoso),

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 252.

⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 142.

instantâneo (“se esgota com o evento que o condiciona”⁹⁷), unissubjetivo ou unilateral (pode ser praticado individualmente, mas admite eventual concurso de pessoas⁹⁸), unissubsistente (“o processo executivo consiste num só ato – *unico actu perficiuntur*”⁹⁹), simples (“se identifica com um só tipo legal”¹⁰⁰) e de perigo abstrato (dispensa-se a constatação de perigo real, presume-se a lesão¹⁰¹).

3.2 POSSÍVEIS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA

Conforme o artigo 52 da LEP, o preso provisório ou o condenado que praticarem fato previsto como crime doloso cometerão falta de natureza grave e caso a conduta venha a ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, estarão sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, sem prejuízo da sanção penal.

Uma vez que a Lei de Execução Penal não se refere à condenação, mas somente à prática de fato previsto como crime, não depende a sanção disciplinar de ação penal ou do trânsito em julgado da condenação criminal, devendo apenas ser observados a lei e o regulamento referentes ao procedimento disciplinar para a imposição da sanção¹⁰².

Os possíveis efeitos disciplinares decorrentes da prática de falta grave são a suspensão ou restrição de direitos e o isolamento (artigos 53 e 57, LEP), bem como a representação ao juiz da execução pela autoridade administrativa penitenciária para a regressão do regime (art. 118, inciso I, LEP), a revogação de autorização de saídas temporárias (art. 125, LEP) e a perda do direito de remição (art. 127, LEP).

Ocorrendo a subversão da ordem ou disciplina internas pelo uso irregular de aparelho móvel de comunicação, na hipótese de vigência do dispositivo, caberá a

⁹⁷ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Códigos Penal, volume I, tomo II.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 44.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 252. p. 37

⁹⁹ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Códigos Penal, volume I, tomo II.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 48.

¹⁰⁰ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰¹ O perigo *abstracto* é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.)

¹⁰² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal:** comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. pp. 148-149.

submissão do encarcerado ao bastante severo regime disciplinar diferenciado, cujas características, dispostas nos incisos do artigo 52, são: a duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie (art. 52, I, LEP); o recolhimento em cela individual (art. 52, II, LEP); visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas (art. 52, III, LEP); direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol (art. 52, IV, LEP).

Ainda, o parágrafo segundo do artigo 52 dispõe que o regime disciplinar diferenciado também poderá ser aplicado ao preso provisório ou ao condenado sobre quem recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando, a qualquer título.

Assim, na hipótese de que o crime de uso irregular de aparelho móvel de comunicação venha a vigor em nosso ordenamento, se seu uso vier a constituir suspeitas suficientemente fortes de seu envolvimento ou participação no crime organizado, é possível que o agente do crime seja submetido ao regime disciplinar diferenciado, além de sofrer as demais conseqüências do cometimento de falta grave.

Sobre a possibilidade de violação do princípio *ne bis in idem* pela concorrência das punições disciplinares e penais, Mirabete a afasta, lecionando constituírem-se de ordenamentos jurídicos diversos, não desprezando também a eventual necessidade de reparação civil por danos causados por um presidiário faltoso¹⁰³.

¹⁰³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. pp. 148-149.

4 A ILEGITIMIDADE DO PROJETO DE CRIMINALIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima orienta o Direito Penal no sentido de que esse não deve atuar na proteção de bens jurídicos quando a atuação exercida por outros ramos do Direito sobre eles possa resultar suficientemente adequada a resguardá-los.

À tutela penal deve-se recorrer somente quando não se mostrar possível a preservação pelas demais áreas do Direito dos bens selecionados. Devido à possível restrição à liberdade individual que possa decorrer da proteção representada pela seara criminal, essa deve ser a última opção a se recorrer a fim de se fazer com que sejam repelidas ou retribuídas as ofensas aos bens jurídicos de eleição.

Fernando Capez, acerca do princípio da intervenção mínima, leciona:

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).

Se existe um recurso mais suave em condições de solucionar plenamente o conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático.¹⁰⁴

Para o citado autor, o Direito Penal, em respeito ao princípio em comento, deve ceder lugar às soluções oferecidas ou já aplicadas em outras esferas jurídicas,

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral, volume 1** (arts. 1º a 120). 7ª edição, revista e atualizada de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

delas tomando o lugar apenas se vierem a se apresentar ineficazes para tanto. A tutela penal é uma alternativa oriunda da exclusão, ou seja, sua necessidade exsurge da carência ou falência de métodos mais brandos, eficazes e adequados a tratar das agressões perpetradas contra os direitos de outrem.

Não somente está condicionada a intervenção penal ao insucesso das soluções oferecidas por outros ramos jurídicos, como também o está à gravidade das lesões praticadas aos bens tutelados. Aqui, a lição de Toledo:

A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso.

Fica, pois esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial.¹⁰⁵

Portanto, o princípio da intervenção mínima estabelece ao Direito Penal que se abstenha de interferir na sociedade a menos que o resultado do regramento de outras áreas do Direito se apresente insatisfatório e que as violações aos direitos alheios sejam de gravidade tamanha que reclamem uma efetiva atuação penal.

No tocante à proposta de criminalização do uso irregular de aparelho móvel de comunicação por presos, o legislador parece entender que a atual solução jurídica oferecida à questão, já exposta neste trabalho, não se mostra suficientemente adequada a tratar desse problema, intencionando conduzir ao âmbito penal a tutela dessa conduta.

Ocorre que talvez não seria necessário o apelo à penalização da conduta se as disposições legais atualmente vigentes na LEP tivessem sua fiscalização e execução corroboradas por uma política de investimentos na administração da execução penal. Recorre-se à criminalização como tábua de salvação da sociedade em face da atuação delituosa, mas não se discute em iguais proporções a

¹⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14.

qualificação profissional dos agentes carcerários. A fiscalização das celas ou das condições dos condenados prejudica-se diante da superlotação das penitenciárias e poderia ser mais facilmente realizada se houvesse presídios em número suficiente a abrigar a população de presos. Concernente ao princípio da intervenção mínima, cabe apontar que, resultando insatisfatórios os atuais meios eleitos para a prevenção de uma conduta ao olhar governamental, a tipificação deve ser antecedida pelo esgotamento de outras vias de resolução.

4.2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS

O excerto a seguir, de Nilo Batista, oferece uma interessante visão acerca do processo de formação dos bens jurídicos:

Não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irreduzíveis os aspectos dessas relações sociais, aos quais pode o legislador outorgar proteção penal, convertendo-os em bens jurídicos. O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador).¹⁰⁶

Para Batista, ainda que os bens jurídicos passem a existir quando às relações sociais é outorgada proteção penal, sua instituição deve alinhar-se aos valores expressos na Constituição Federal no que diz respeito a essas relações. Assim, não bastaria um simples editar normativo para que bens passassem a existir legitimamente no ordenamento jurídico e a demandar proteção penal, pois sua legitimidade é condicionada à disciplina do texto constitucional.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002. pp. 95-96.

Na opinião de Capez, o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos corresponde a uma limitação aos interesses que podem ser tutelados pelo Direito Penal, dos quais se afastam os valores meramente morais, éticos ou religiosos, restringindo-se a proteção aos bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento social¹⁰⁷.

Prado, na mesma senda, afirma:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito democrático (teoria constitucional eclética). Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.¹⁰⁸

Dessa forma, não cuida o Direito Penal de resguardar o que de somenos importância. Segundo Toledo, “a idéia de ‘bem jurídico’ se coloca no centro do problema penal, impondo-se como critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal”¹⁰⁹.

Considerando a importância do bem jurídico para o Direito Penal, é de se esperar que os tipos penais propostos pelo Anteprojeto expressem com clareza o interesse que objetivam defender.

Contudo, a identificação do bem jurídico a ser protegido pela proposta de tipo penal para a criminalização do uso irregular de aparelho móvel de comunicação não se mostra tarefa das mais fáceis. Ainda que o Anteprojeto o contenha inserido no capítulo “Crimes contra a administração da justiça”, o tipo proposto não parece se identificar com seus artigos mais aparentemente semelhantes, eis que, enquanto os delitos de fuga de pessoa presa, de evasão mediante violência contra a pessoa, de arrebatamento de preso e de motim de presos pressupõem uso de violência, maus-

¹⁰⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**, volume 1 (arts. 1º a 120). 7ª edição, revista e atualizada de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25.

¹⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

¹⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 18.

tratos e perturbação da ordem, a conduta de uso irregular de aparelho móvel de comunicação em nada se difere da habitualmente praticada por pessoas em situação de liberdade.

Dessa forma, não soa razoável dizer que se está protegendo um bem jurídico pela proibição do uso de telefone celular sem atribuir à conduta qualquer finalidade delituosa que a diferencie da prática lícita.

4.3 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Eleitos os bens jurídicos dignos de tutela, a proteção penal somente se justificará se as condutas contra eles praticadas forem-lhes suficientemente aptas a provocar lesão ou perigo concreto de violação. Esse, o princípio da ofensividade, também expresso pelo brocardo latino *nullum crimen sine injuria*.

Segundo Capez, “a atuação repressivo-penal pressupõe que haja um efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, isto é, o surgimento de, pelo menos, um real perigo ao bem jurídico”¹¹⁰.

Conforme aqui já exposto, a proposta de tipo penal para a criminalização do uso irregular de aparelho móvel de comunicação não traz consigo nenhuma finalidade reprovável da conduta apta a provocar ou a representar dano à esfera jurídica de outrem e, nos termos em que é redigida, diferencia-se do comportamento costumeiramente observado em pessoas livres apenas por circunstâncias de lugar e de agente do delito.

Ainda que se considere a possível utilização de aparelhos diversos de comunicação móvel para lograr a organização e o cometimento de outros crimes no exterior do estabelecimento carcerário, haveria, na opinião de Capez, uma contrariedade dessa hipótese com o princípio da ofensividade, pois, conforme aduz, “a punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, volume 1 (arts. 1º a 120). 7ª edição, revista e atualizada de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25.

útil do ponto de vista da defesa social, representa ameaça à proteção do indivíduo contra uma atuação demasiadamente intervencionista do Estado”¹¹¹.

4.4 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade determina que, embora sejam muitas as condutas capazes de ocasionar lesão ou perigo concreto de violação aos bens jurídicos selecionados, devem ficar sob o manto da tutela penal somente as mais graves, que causem maior prejuízo social.

Aparentemente, esse princípio guarda semelhanças com o princípio da intervenção mínima. Entretanto, enquanto o já exposto princípio orienta uma atuação abstêmia do Direito Penal, de modo a não torná-lo vulgar meio de controle social, o princípio da fragmentariedade direciona-se a restringir a atuação desse a certas formas de agressão a bens jurídicos já escolhidos. Ambos são princípios limitadores, mas atuantes em diferentes escalas; um seleciona áreas de atuação e o outro condutas lesivas perante um mesmo bem jurídico.

Sobre o princípio da fragmentariedade, a lição de Nucci:

[...] nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico. Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas. Não deixa de ser um corolário do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade penal.¹¹²

Destarte, ainda que várias sejam as formas de lesar ou pôr em risco um bem jurídico, o Direito Penal deverá se ocupar das que se realizem por intermédio de condutas gravosas, repudiáveis de tal maneira que a composição orientada pelas

¹¹¹ CAPEZ, *loc. cit.*

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 46.

demais disciplinas do Direito não lhes seja suficiente a ofertar resposta compatível com a agressão perpetrada.

Prado, ainda, afirma¹¹³ que a função de proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal seria relativa “o que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente em face de certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis”, e segue, dizendo operar-se uma “tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”.

Repete-se que, pela forma como se encontra redigida a proposta de tipificação do uso irregular de aparelhos móveis de comunicação por presos, sem apontar finalidades reprováveis à conduta, bem como pelo obscurantismo em torno do bem jurídico que se propõe a proteger, uma análise da legitimidade dessa proposição que envolva sua objetividade jurídica resultará desfavorável, não se adequando o parágrafo único do artigo 306 do Anteprojeto ao princípio da fragmentariedade.

4.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em Direito Penal, o princípio da proporcionalidade orienta o legislador a cominar sanções compatíveis às agressões perpetradas contra os interesses jurídicos objetos de proteção. Deve haver equilíbrio entre a violência praticada pelo agente do delito e a violência que lhe for retribuída pelo Estado.

Não é outra a lição de Bitencourt:

[...] com base no *princípio da proporcionalidade* é que se pode afirmar que um *sistema penal* somente estará justificado *quando a soma das violências – crime, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar.*¹¹⁴

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1**: parte geral. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

Assim, não somente a retribuição não pode ser menor do que a agressão que busca prevenir, como não pode em intensidade exceder-se à lesão praticada. Em outras palavras, deve haver harmonia entre as penas e a gravidade da infração penal cometida, “não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores”¹¹⁵.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Prado faz interessante apontamento:

[...] no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.¹¹⁶

O supracitado autor entende ser necessária uma adequação da sanção penal à graduação com que a conduta reprovável transgride o bem jurídico protegido; é necessária a existência de uma proporção entre a lesão ao que se visa a proteger e o castigo legal a ser imposto ao agente do delito.

No que diz respeito à proposta de criminalização do uso irregular de aparelho móvel de comunicação por preso, essa parece não se ajustar ao princípio da proporcionalidade, residindo a inconformidade, novamente, na falta de um bem jurídico passível de identificação. Se deve haver uma relação direta entre a gravidade da violação ao interesse protegido e a pena cominada à sua transgressão, a possível sanção de prisão de três meses a um ano soa deveras demasiada para uma conduta cuja repreensão atualmente ocorre no âmbito administrativo penitenciário por constituir infração disciplinar.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 47.

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

5 CONCLUSÕES

Após a análise da norma incriminadora proposta no parágrafo único do artigo 306 do Anteprojeto do Novo Código Penal e feito seu confronto com os princípios constitucionais pertinentes a aferir sua legitimidade, pode-se concluir que a criminalização do uso irregular de aparelho móvel de comunicação por preso não se mostra adequada a surtir efeitos em nosso ordenamento jurídico.

Essa inadequação decorre principalmente da inexistência de um bem jurídico passível de identificação como finalidade a ser protegida. Conforme demonstrado, o tipo penal proposto não parece compartilhar do bem jurídico dos demais artigos do capítulo no qual se encontra inserido, “Crimes contra a administração da justiça”. Diferentemente das demais normas sob esse capítulo que com ele comungam de características semelhantes de agente ou objeto do crime, a conduta de uso irregular de aparelho móvel de comunicação não se mostra necessariamente prejudicial a esse fim, não incorrendo em atos de violência, fuga, maus-tratos ou perturbação da ordem.

A criminalização da conduta com o objetivo de evitar que se cometam outros delitos, no caso de resguardo da administração pública, tornaria flagrante a má redação do parágrafo único do artigo 306 do ANCP, pois seria de se esperar que fosse incluído como elemento subjetivo a finalidade delitativa do agente.

A administração da justiça e a administração pública não são necessariamente protegidas justamente por faltarem elementos que diferenciem a conduta criminosa proposta da praticada por qualquer outro cidadão comum. A ausência de elementos subjetivos explícitos opera desfavoravelmente ao reconhecimento da legitimidade do tipo penal proposto, pois a conduta de uso de telefone celular por preso seria punível tanto mais pela condição ostentada pelo agente e pelas circunstâncias em que se encontra do que pela sua reprovabilidade. Ao nosso ordenamento permitimos o punir de atos, não de condição social.

A falta de um bem jurídico claro a ser protegido implica também no prejuízo da identificação do sujeito passivo material do crime, pois, se não se sabe o que a norma almeja resguardar, não se pode aferir a titularidade de um bem que aparentemente inexistente.

Essa carência de interesse jurídico a tutelar afeta negativamente a admissibilidade da tentativa, eis que a essa configura-se quando atos de execução da conduta são suficientemente idôneos a expor o bem jurídico a um perigo real de dano. Se for considerado que o tipo penal proposto visa a evitar o cometimento de outros delitos, também a admissibilidade da tentativa restaria prejudicada, sendo inconcebível a convivência harmônica entre a punição da tentativa de preparação de outro delito com o princípio da ofensividade.

O princípio da intervenção mínima parece ter sido ignorado quando da elaboração dessa proposta de delito, pois há um grande aparato jurídico apto a fazer frente à prática de condutas indesejadas quando da execução da pena, o qual prevê contrapartidas bastante restritivas a direitos. Esse conjunto de normas age com bastante violência na esfera jurídica do condenado, pois pode, entre outras sanções, cercear-lhe o convívio com outros presos, reconduzi-lo a regime de cumprimento de pena mais gravoso, revogar-lhe autorização para ausentar-se temporariamente do estabelecimento prisional e colocar a perder o direito de remição, conquistado através do trabalho.

Ademais, não se pode culpar apenas as normas da Lei de Execução Penal por eventual insatisfação com o resultado da tutela administrativa da questão em tela, se não são proporcionadas condições ideais de trabalho aos meios administrativos, entendidos como os estabelecimentos prisionais e os servidores públicos neles atuantes.

No tocante aos demais princípios eleitos para análise neste trabalho, perante todos fracassa a proposta de criminalização em lograr legitimidade, eis que a inexistência de um interesse jurídico a ser resguardado pelo parágrafo único do artigo 306 do ANCP, antes de conferir-lhe ares de proposta de tipo penal, o constitui em afronta ao que esses princípios visam a proteger: a limitação do poder punitivo do Estado através da valoração do bem jurídico.

Destarte, a proposta de criminalização do uso irregular de aparelho móvel de comunicação por presos, nos termos em que foi redigida, não perfaz um tipo penal tecnicamente correto e é ilegítima à luz dos principais constitucionais aqui expostos, tanto pela ausência de proteção a um bem jurídico a justificar sua necessidade como pelo não esgotamento das possibilidades de tutela por outros ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 8ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de direito penal, volume 1**: parte geral. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei de execução penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 12ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Relatório final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de código penal. **Senado**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, volume 1 (arts. 1º a 120). 7ª edição, revista e atualizada de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. **Direito Penal, tomo 4º, parte especial, I**: crimes contra a pessoa. São Paulo: Forense, 1966.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Volume I, tomo I. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1952.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Códigos Penal, volume I, tomo II**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume I**: parte geral. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAS GERAIS. Lei n. 11.404, de 25 de janeiro de 1994. **Portal Conselhos**. Disponível em: <<http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/5/N%2011404%20de%2025%20de%20janeiro%20de%201994.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Plano Diretor do Sistema Penitenciário:** diagnóstico, ações e resultados – Meta 07: estatuto e regimento. Maio de 2008. Disponível em: <[MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal:** comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 11ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={E7CD13B5-D38A-44D1-8020-EB9BF0F41E93}&Team=¶ms=itemID={2565B3B3-5976-460E-90DA-50F35BD61402};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>”. Acesso em 18 nov. 2012.</p></div><div data-bbox=)

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Recursos em matéria criminal:** doutrina, jurisprudência, modelos de petição. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal:** Lei n. 7.210 de 11-7-1984. 3. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 9ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARANÁ. Decreto n. 1.276, de 31 de outubro de 1995. **Diário Oficial do Estado do Paraná,** Poder Legislativo. Curitiba, 31 out. 1995. Disponível em <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=35916&codTipoAto=&tipoVisualizacao=alterado>>. Acesso em: 14 out. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal:** doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito.** 2ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto n. 46.534, de 05 de agosto de 2009. **Susepe.** Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

SÃO PAULO. Resolução SAP – 113, de 25-11-2003. **Diário Oficial do Estado de São Paulo,** Poder Executivo. São Paulo, 26 nov. 2003. Disponível em <http://www.imprensaoficial.com.br/PortalIO/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2003/executivo%2520secao%2520i/novembro/26/Pag_0012_1KP5NCNC6DNKTe2J3IVJB17D9BV.pdf&pagina=12&data=26/11/2003&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=10012>. Acesso em: 14 out. 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 75799/SP**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em 21/10/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700175751&dt_publicacao=10/11/2008>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 147.708/SP**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 12/04/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901820990&dt_publicacao=04/05/2011>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 190.884/RS**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 03/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002136419&dt_publicacao=19/05/2011>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 197.656/SP**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em 31/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100334290&dt_publicacao=15/06/2011>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 52.208/SP**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 24/10/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502163055&dt_publicacao=20/11/2006>. Acesso em: 27 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97135/SP**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 12/04/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623264>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 106481/MS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 08/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo 70041832916**. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Julgado em 19/05/2011. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26numero_processo_mask%3D70041832916%26numero_processo%3D70041832916%26codEmenta%3D4188676+70041832916&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70041832916&comarca=Comarca+de+Caxias+do+Sul&dtJulg=19-05-2011&relator=Odone+Sanguin%E9>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo 70044415628**. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. Julgado em 16/02/2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70044415628%26num_processo%3D70044415628%26codEmenta%3D4597558+70044415628&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70044415628&comarca=Comarca+de+Cangu%E7u&dtJulg=16-02-2012&relator=Ivan+Leomar+Bruxel>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo 70046996047**. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. Julgado em 11/04/2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70046996047%26num_processo%3D70046996047%26codEmenta%3D4684759+70046996047&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70046996047&comarca=Comarca+de+Bag%E9&dtJulg=11-04-2012&relator=Fabianne+Breton+Baisch>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo 70049146889**. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Julgado em 19/07/2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70049146889%26num_processo%3D70049146889%26codEmenta%3D4815015+70049146889&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70049146889&comarca=Comarca+de+Pelotas&dtJulg=19-07-2012&relator=Jos%E9+Conrado+Kurtz+de+Souza>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo 70049181902**. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Julgado em 28/06/2012. Disponível em: <http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70049181902%26num_processo%3D70049181902%26codEmenta%3D4834356+70049181902&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70049181902&comarca=Comarca+de+Iju%ED&dtJulg=28-06-2012&relator=Nereu+Jos%E9+Giacomolli>. Acesso em: 20 out. 2012.