



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

Ementa: solicitação.

Parecer: Execução penal – falta grave – posse de chip de aparelho celular – conduta perpetrada após a vigência da lei n. 11.466/2007.

Autos n. 08037.000334/2010-58

Senhor Presidente,
Senhores Conselheiros,

Trata-se de expediente enviado pelo senhor Anderson Luiz Brasil Silva – Diretor Geral da Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, solicitando a análise por este Conselho Nacional da eventual configuração de falta grave em razão da posse de *chip* de aparelho celular por detento.

De início, cumpre registrar que a comunicação interna entre os presos e a destes com o mundo exterior à unidade prisional é um dos problemas que mais aflige a sociedade moderna, pois ordens emanadas do interior dos presídios têm causado sérios distúrbios sociais, como nos episódios recentes ocorridos em São Paulo e no Rio de Janeiro, que chefes de organizações criminosas determinaram a prática de inúmeras condutas criminosas.

Sabe-se que no interior de muitas unidades prisionais brasileiras os presos têm acesso a aparelhos de telefonia celular, contando com a conivência de diretores das unidades, agentes penitenciários, policiais civis ou militares, ou com o problema endêmico da corrupção que assola o sistema prisional. Com isso, a prevenção especial negativa não tem surtido qualquer efeito prático, já que o aparelho celular é utilizado para que os integrantes ou chefes de organizações criminosas difundam suas ações ilícitas.

A título de exemplo, por ocasião da inspeção realizada por este Conselheiro e pelo Doutor Milton Jordão no Presídio Central de Porto Alegre, constatamos alguns presos utilizando aparelho de telefonia celular no interior da unidade prisional, o que foi registrado por meio de fotografia juntada ao relatório de visita e inspeção. E essa situação não é isolada, tanto que matéria do jornal “O Estado de São Paulo”, publicada em 7 de janeiro de 2008, divulgou que todos os meses cerca de 900 celulares são apreendidos em presídios de São Paulo, cujos preços variam de acordo com a pessoa que ingressa com o aparelho.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

De igual maneira, todos nós conhecemos pessoas que já foram vítimas de extorsões praticadas por presos, que alegavam ter seqüestrado parentes próximos e que foram obrigadas a fazer depósitos para a soltura daqueles; ou, fizeram depósitos acreditando que ganharam prêmios em sorteios praticados.

E como resolver tal situação? A maioria das unidades prisionais não possuem aparelhos de raio x, scanners de corpo ou detectores de metais por ocasião da entrada dos familiares, visitantes e dos agentes que trabalham no interior do presídio. Com isso, salvo raros casos de apreensão por ocasião das revistas, a entrada de armas, drogas e telefones celulares tem ocorrido com certa freqüência.

Assim, resta ao Diretor da unidade prisional, enquanto gestor, adotar medidas administrativas eficazes no sentido de coibir ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, sob pena de praticar o crime descrito no artigo 319-A, do Código Penal:

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.

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Como são raras as apreensões por ocasião da entrada nas unidades prisionais, seja por delação ou em razão de revistas nas celas, os agentes penitenciários encontram aparelhos de telefonia celular, carregadores de bateria, bateria e chip. Surge, então, a questão: a posse de chip no interior da cela configura falta grave?

A Lei n. 11.466/2007 introduziu inciso VII ao artigo 50 da Lei n. 7210/1984, assim dispondo:

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.

O artigo 49 da LEP preceitua que:

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.

Pela leitura dos dispositivos descritos, observa-se que a falta grave somente é especificada pela legislação federal e para que reste configurada é necessário que o preso tenha sob sua posse, utilize ou



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

forneça **aparelho telefônico**, de rádio ou similar, **que permita comunicação** com outros presos ou com o ambiente externo. Indispensável, repita-se, que o aparelho permita a comunicação interna ou externa.

Como é cediço, a utilização, por si só, do chip de um aparelho celular é incapaz de efetuar a comunicação, seja ela interna ou externa, por ser apenas um dos componentes do aparelho de telefonia.

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, se a enumeração prevista no artigo 50 da Lei de Execução Penal seria taxativa ou exemplificativa, sendo que defendo que o rol previsto neste artigo é taxativo, aplicando-se o princípio da legalidade. Isto porque a definição acerca do que é falta grave implica na restrição de diversos direitos na execução da pena, como a perda de dias remidos e a regressão do regime prisional (artigos 127 e 118, inciso I, ambos da LEP). Por este motivo, sua definição deve ser interpretada de modo restritivo.

Embora existam precedentes no e. Superior Tribunal de Justiça acerca da configuração da falta grave quando o preso possui *chip* de aparelho celular ou outros componentes, discordo desse entendimento, pois a posse do referido componente não se amolda à descrição da norma sancionadora da LEP. Para exemplificar, transcrevo dois acórdãos:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE DE COMPONENTE ESSENCIAL DE APARELHO CELULAR. CONDUTA PRATICADA APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.466/07. FALTA DE NATUREZA GRAVE CARACTERIZADA. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA SEQUER APRESENTADA AO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PREJUDICADO.

I – Com o advento da Lei n. 11.466/2007, passou a ser considerada como falta grave a posse, o uso ou o fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Tal alteração legislativa, por óbvio, pretendeu alcançar a conduta daqueles que são flagrados portando componentes essenciais dos referidos objetos (Precedentes).

II – Na hipótese, tendo em vista que o paciente foi flagrado na posse de um ‘chip’ de aparelho celular no interior de unidade prisional escurrita a caracterização da falta disciplinar como de natureza grave.

III – Tendo em vista que a negativa de autoria de falta disciplinar sequer foi apresentada ao e. Tribunal de origem, e por essa razão, não foi apreciada, fica esta Corte impedida de examinar tal tese, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

IV – Reconhecida a conduta como falta grave, fica prejudicado o pedido subsidiário de sua desclassificação para falta leve ou média.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

(HC 129.499/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 08/09/2009).

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE *CHIP* DE APARELHO CELULAR. CONDUCTA PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. É inarredável concluir que a posse de *chip*, sendo acessório essencial para o funcionamento do aparelho telefônico, tanto quanto o próprio celular em si, caracteriza falta grave.

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

3. Recurso provido.”

(Recurso Especial n. 1.189.973/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 13/09/2010).

Segundo a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“O legislador federal enumera as faltas disciplinares graves (conversão, regressão, perdas de autorização de saída e do tempo remido), deixando ao legislador estadual a previsão das faltas médias e leves, a fim de impedir que nos regulamentos se imprima uma disciplina que vá exercer restrições ou sujeições que aviltem, em vez de disciplinar”.

“Como a Lei de Execução Penal prevê em *numerus clausus* as condutas que poderão identificar faltas graves por parte dos condenados e presos provisórios, não pode a lei local ou mero regulamento administrativo tipificar como tais outras condutas. Estas somente poderão consideradas como faltas médias ou leves quando previstas nessas normas complementares” (Execução Penal, Comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984, Atlas: São Paulo, 2000, fls. 135/136 e 139).

Em seu artigo “Porte de ‘chip’ de celular em presídio”, Luiz Flávio Gomes ensina:

Conforme já nos posicionamos anteriormente, o entendimento poderia ser questionado em relação ao princípio da legalidade e esperávamos que o



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

tema fosse levantado perante o Supremo, mas não foi isso que ocorreu. Entendemos, no entanto, que a lei fala em posse de *celular*, enquanto a posição que vem prevalecendo é de uma interpretação extensiva (admitida com cautela no Direito penal) para abranger também a posse de seus componentes. A lei deveria ter sido mais clara. Eventual interpretação extensiva não está, liminarmente, impedida no Direito penal. Porém, é preciso uma certa ginástica interpretativa, com o sério risco de se alargar indevidamente o âmbito do tipo infracional ou penal. Era isso que o legislador tinha que ter evitado (GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Porte de "chip" de celular em presídio. Falta grave*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 10.dez.2010).

No artigo intitulado “A proibição de entrada de celular em presídio”, divulgado no boletim n. 56, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná, ao tecerem comentários sobre a Lei n. 12.012/2009, que acrescentou novo tipo penal no Código Penal (artigo 349-A), os doutrinadores e ex-membros deste Conselho Carlos Lélío Lauria Ferreira e Maurício Kuehne lecionam que:

“Não cogitou o legislador a respeito dos acessórios. Sabido é que pode haver fracionamento de ações. Assim, as peças de um celular podem ser decompostas e diversas pessoas fazerem ingressar as referidas peças e, internamente, haver a montagem do celular. Em hipóteses tais, a nosso ver, não incidirá a norma em comento, contudo, em havendo uso do aparelho (agora montado) incide a norma do art. 319-A, independente da configuração da falta grave, por força da Lei n. 11.466/07”.

Em 11 de novembro de 1984, ao editar a Resolução n. 14, que disciplinou as “Regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil” (publicada no DOU de 2.dez.1994), este Conselho assim se manifestou:

Art. 23. Não haverá falta ou sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

No caso em comento, a posse de componente de aparelho celular não está prevista na Lei n. 11.466/2007 e, como a falta grave enseja a regressão do regime prisional e a perda dos dias remidos, não se pode interpretar extensivamente o descrito na norma sancionadora para abarcar situação nela não prevista. O princípio da legalidade também se aplica durante a execução penal.

Ainda que a *ratio essendi* da norma tenha sido a proibição da comunicação entre os presos ou destes com o meio externo, a redação empregada no processo legislativo é deficiente e, como tal, não



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

abarcou a conduta daquele que porta os componentes do aparelho de telefone celular. Portanto, caso seja essa a intenção legislativa, há que se modificar o texto legal.

Se todos nós buscamos e desejamos o aprimoramento do sistema prisional e, notadamente, a vedação da comunicação do preso com pessoas fora do cárcere para fins ilícitos (até porque é dever do Estado assegurar a comunicação do detento com seus familiares, pois a pena privativa de liberdade não impõe ao preso a incomunicabilidade, sendo ela necessária dentro do processo de ressocialização), há que se investir nesse sistema, afim de que aparelhos de raio x, scanners de corpo e detectores de metais impeçam a entrada, ainda que fracionada, dos componentes do aparelho de telefonia celular, drogas e armas. Ademais, esses investimentos por parte dos Estados devem ser contínuos e não apenas em raros momentos para dar “resposta aos reclames sociais” ou para a mídia de um modo geral. Para exemplificar, o controle do Estado das atividades desenvolvidas nas unidades prisionais somente é possível com o aprimoramento das ouvidorias e corregedorias do sistema prisional, bem como com a melhoria dos vencimentos e dos cursos de treinamento e aperfeiçoamento daqueles que trabalham na unidade prisional e, ainda, a adequação das estruturas administrativa e física das unidades prisionais.

Por derradeiro, concordo com a conclusão do Conselheiro Renato Flávio Marcão que, em seu artigo “Lei n. 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal”, publicado pelo CAOP citado, afirmou: “Uma vez mais o Poder Legislativo disse menos do que deveria, assim como o Poder Executivo tem feito bem menos do que é sua obrigação no campo da prevenção e repressão criminal”. E, complemento, a meu sentir, a primeira e segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal concluíram, em recentes julgamentos (HC 99896/RS e HC 105973/RS, respectivamente), o que efetivamente não se esperava.

Em suma, salvo melhor juízo dos ilustres pares, nenhuma falta grave pode existir sem expressa previsão legal.

Sala das Sessões, 14 de dezembro de 2010.

Fernando Braga Viggiano
Conselheiro Relator