

TESE 112

Proponente: Renata Simões Stabile Bucceroni

Área: Execução Criminal

Súmula: As condutas previstas no artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal não caracterizam falta disciplinar quando praticadas pelo sentenciado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto.

Assunto: Lei de execução penal. Falta disciplinar.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Defesa dos usuários em processos de execução penal, nos termos do artigo 5º, incisos, I, III e VII, da Lei Complementar Estadual 988/06, que assim dispõe:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

(...)

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei 11466/07, prevê que "*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*".

A previsão trazida no referido artigo tem sido utilizada indiscriminadamente para punir tanto os presos que estão no regime fechado quando os que estão em regime semiaberto.

Ocorre que, em verdade, a conduta descrita no referido inciso **somente pode caracterizar falta disciplinar quando praticada pelo sentenciado que cumpre pena em regime fechado, já que nos regimes aberto e semiaberto o contato com o meio externo não é supervisionado.**

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado que, fora da casa do albergado – ou de outro estabelecimento adequado – deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (artigo 36, *caput* e § 1º do Código Penal).

Inexistindo vigilância direta do sentenciado que cumpre pena em regime aberto – especialmente porque não existem casas do albergado e, na prática, a pena é cumprida com o recolhimento do preso em sua própria residência, local em que certamente terá acesso a aparelhos de telefonia – e não havendo qualquer proibição de contato do sentenciado com quem quer que seja, por óbvio a utilização de aparelho telefônico por quem cumpre pena em regime aberto é materialmente atípica.

Essa conclusão, que parece óbvia quando se trata do apenado que está em regime aberto, é rechaçada quando se trata do preso que cumpre pena em regime semiaberto, sendo comum a regressão do sentenciado que, no regime semiaberto, é encontrado em poder de aparelho de telefonia móvel.

Não há razão para que o preso do regime semiaberto seja tratado, nesse ponto, como o do regime fechado, eis que no regime semiaberto não é vedado o contato não supervisionado com o meio externo.

Observe-se que ao preso do regime semiaberto é permitida a **realização de trabalho externo** (artigo 35, § 2º do Código Penal). Além disso, o sentenciado que está em regime semiaberto pode obter autorização para saída temporária do estabelecimento, **sem vigilância direta**, para o exercício das seguintes atividades: **I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social** (artigo 122 da Lei de Execução Penal).

Nas ocasiões em que está fora do estabelecimento prisional para a realização de trabalho, frequência a cursos, participação em outras atividades que estimulem seu retorno ao convívio social ou para a visita a familiares **o preso não é submetido à vigilância direta e pode ter contato pleno com o meio externo**, não havendo restrição a sua comunicação com quem quer que seja e nem supervisão alguma sobre o teor das conversas que mantém.

Sendo permitido aos sentenciados que estão em regime semiaberto que mantenham comunicação verbal sem supervisão com os que estão fora do estabelecimento prisional, não há sentido em vedar a esses sentenciados a utilização de aparelhos de telefonia móvel.

Assim, no caso do preso do semiaberto – que pode comunicar-se com o meio externo sem supervisão, medida que é adotada com o objetivo de aproximá-lo cada vez mais da vida na sociedade livre – a conduta de fazer uso de telefone celular é materialmente atípica, pois **a ratio essendi da norma do artigo 50, VII da Lei de Execução Penal é proibir a comunicação do preso com o meio externo e o preso do regime semiaberto não é impedido de ter contato com o meio externo.**

Ademais, o próprio artigo 319-A do Código Penal (inserido no Código Penal pela Lei 11466/07, a mesma que alterou o artigo 50 da Lei de Execução Penal para incluir o inciso VII), ao criminalizar a conduta que quem deixa de impedir o acesso do preso a aparelho telefônico, faz referência ao **diretor de penitenciária** (e não ao diretor de colônia agrícola ou industrial), o que permite a conclusão de que a intenção do legislador era somente impedir que o preso do regime fechado fizesse uso dos aparelhos de telefonia móvel.

A esse respeito, confira-se trecho do interessante artigo do advogado Anderson Figueira da Roza:

“Explicando melhor, analisando o art. 319-A, observa-se que **o comando da Lei é claro e evidente, direcionado ao Diretor da Penitenciária, e penitenciária é local de cumprimento de pena no regime fechado.** Isto é uma conclusão óbvia, pois tanto o Código Penal nos seus artigos 34 e 35 (definições de regras do regime fechado e aberto respectivamente), como na Lei de Execução Penal – LEP – Lei 7.210, onde precisamente no art. 87 estabelece que Penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Neste sentido, se a mesma Lei que criou um tipo penal novo no próprio Código Penal para punir agentes públicos que permitem, ou, melhor dizendo, “não vedam” o acesso de aparelhos celulares dentro de Penitenciárias também criou um novo inciso como falta grave no cumprimento de pena para o preso lá na Lei de Execução Penal. Isto com o claro objetivo de complementar a solução do mesmo problema, onde não bastaria apenas punir o preso que utiliza aparelhos celulares (comando colocado explicitamente na LEP), mas também deveria punir quem facilita a entrada destes aparelhos. **Então, obviamente estamos falando do mesmo local de cumprimento de pena, e este local é a Penitenciária. E esta deve ser a interpretação correta da intenção do legislador.**” (ROZA, Anderson Figueira da, *Aparelho celular encontrado com apenado no regime semi-aberto configura falta grave?*, <http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-aparelho-celular-encontrado-com.html>, artigo acessado em 11/08/2015).

Por esses motivos sustentamos que a conduta do artigo 50, VII não é materialmente típica quando praticada pelos sentenciados que cumprem pena nos regimes aberto e semiaberto.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A tese foi criada em virtude de ser bastante comum que presos que cumprem pena em regime semiaberto sejam regredidos ao regime fechado por conta de serem surpreendidos em poder de aparelhos de telefonia celular.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Sugere-se utilizar a tese nos procedimentos de apuração de falta disciplinar e nos agravos interpostos contra as decisões de anotação da falta, quando a conduta de possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, for praticada por sentenciados que cumprem pena em regime diferente do fechado.