



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000292525

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0012357-94.2024.8.26.0996/50000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é embargante MARCELO MARCELINO, é embargado COLENDIA 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram e rejeitaram os Embargos Infringentes e de Nulidade, mantendo o v. acórdão recorrido sob os próprios fundamentos, por v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente), LEME GARCIA, RENATA WILLIAM RACHED CATELLI E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 26 de março de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9416

16ª Câmara de Direito Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0012357-94.2024.8.26.0996/50000

Embargante: MARCELO MARCELINO

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE.
EXECUÇÃO PENAL. EMBARGOS REJEITADOS.**

I. CASO EM EXAME

1. Trata-se de recurso de Embargos Infringentes e de Nulidade interposto pela defesa, objetivando a reforma do v. acórdão proferido por esta C. 16ª Câmara de Direito Criminal, que negou provimento ao agravo de execução penal, mantendo decisão que homologou falta grave, determinou a perda de 1/6 dos dias remidos e a regressão definitiva ao regime fechado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em determinar se a posse de celular durante trabalho externo, em regime semiaberto, configura falta grave nos termos do artigo 50, inciso VII, da LEP.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A posse de celular durante trabalho externo, em regime semiaberto, caracteriza a falta grave prevista no artigo 50, inciso VII, da LEP, conforme entendimento majoritário do STJ.

4. Sob pena de configurar supressão de instância, não é possível, nesta oportunidade, a análise do pleito subsidiário para que o tempo decorrido entre a sustação cautelar do regime semiaberto e a regressão definitiva ao regime fechado seja descontado da pena a ser cumprida em regime fechado, a partir da interrupção e reinício da contagem do lapso para futura progressão.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Embargos conhecidos e rejeitados.

Tese de julgamento: A posse de celular durante trabalho externo, em regime semiaberto, caracteriza a falta grave prevista no artigo 50, inciso VII, da LEP.

Legislação Citada: LEP, art. 50, VII.

Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no HC n. 839.818/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 23.10.2023; STJ, AgRg no AREsp n. 2.684.625/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 10.09.2024.

Trata-se de embargos infringentes opostos por **MARCELO MARCELINO**, contra o v. acórdão proferido por esta C. 16ª Câmara de Direito Criminal nos autos do Agravo de Execução Penal nº 0012357-94.2024.8.26.0996, sob a relatoria do eminente **Des. Newton Neves**, o qual, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantendo a r. decisão proferida nos autos da execução de pena privativa de liberdade n. 0009440-49.2017.8.26.0996, que homologou procedimento administrativo disciplinar em que se apurou falta grave, determinando a perda de 1/6 dos dias remidos e a regressão definitiva do sentenciado ao regime fechado, anotando-se a data da falta como marco interruptivo para futuras progressões (fls. 43/50 dos autos originais).

O embargante pleiteia, em resumo, que prevaleça o voto vencido de fls. 51/58 dos autos originais, proferido pelo ilustre Relator, o eminente **Des. Newton Neves**, que dava provimento ao recurso de agravo em execução para absolvê-lo da imputação de falta grave, considerando atípica a conduta de portar aparelho de telefone celular durante o trabalho externo realizado no regime semiaberto. Subsidiariamente, reitera o pedido formulado no agravo de execução penal nº 0012357-94.2024.8.26.0996, no sentido de que o tempo decorrido entre a sustação cautelar do regime semiaberto e a regressão definitiva ao regime fechado seja descontado da pena a ser cumprida em regime fechado, a partir da interrupção e reinício da contagem do lapso para futura progressão (fls. 01/18).

Em seu parecer, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento dos embargos infringentes, mantendo-se integralmente o v. acórdão embargado (fls. 22/23).

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento, devendo prevalecer o voto vencedor, da lavra da E. Relatora Designada, Des. Isaura Cristina Barreira, o qual foi acompanhado na íntegra pelo 3º Juiz, o E. Des. Guilherme de Souza Nucci.

Ao sentenciado foi imputada a falta grave descrita no artigo 50, inciso VII, da LEP, pois, segundo o Comunicado de Evento nº 109/2024, durante inspeção de rotina nos detentos que prestam serviço externo na Prefeitura Municipal de Assis/SP, os agentes penitenciários constataram que o ora embargante, que era monitorado por tornozeleira eletrônica, tinha a posse e trazia consigo um aparelho celular de marca Motorola, uma carteira de couro contendo um cartão bancário da instituição financeira C6 Bank e o valor de R\$ 133,50 (cento e trinta e três reais e cinquenta centavos), em espécie.

Não se discute a autoria dos fatos, uma vez que o sentenciado a confessou na presença de seu defensor, no que foi corroborado pela versão das testemunhas arroladas pela administração pública.

Com efeito, disse o sentenciado, em resumo, que o aparelho celular era utilizado para receber notícias de seus familiares, pois não recebia visitas durante o cumprimento de sua pena. Questionado sobre o local onde guardava o celular, revelou que o deixava guardado em um armário, na Prefeitura de Assis (fls. 380 da execução n. 0009440-49.2017.8.26.0996).

Por seu turno, asseverou o agente penitenciário Márcio Rodrigo que “no dia em questão estava se deslocando para substituir a bateria de outro sentenciado; que, ao passar pela rodovia Raposo Tavares em frente a cozinha piloto da prefeitura visualizou o sentenciado sindicado e foi realizar a inspeção no mesmo encontrando em sua posse um aparelho celular de marca MOTOROLA com uma capa vermelha e uma carteira contendo um cartão bancário da empresa C6 Bank e um valor de RS 133,50 (cento e trinta e três reais e cinquenta centavos); que, os sentenciados são monitorados através das tornozeleiras eletrônicas; que, ao ser questionado sobre o aparelho telefônico, de imediato entregou o aparelho e seus

pertences” (fls. 379 da execução n. 0009440-49.2017.8.26.0996).

Diante dos fatos e das provas coligidas no curso do procedimento administrativo disciplinar, foi homologada a falta grave imputada ao sentenciado, dado como incurso no artigo 50, inciso VII, da LEP, que assim dispõe:

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.

Em conformidade com o **voto vencedor**, a conduta de possuir aparelho de telefonia celular, ainda que durante a realização de trabalho externo, no regime semiaberto, caracteriza a falta grave prevista no aludido dispositivo legal. Nesse sentido, apontou-se como fundamento o v. acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no HC n. 839.818/SC, de Relatoria do E. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/10/2023, que representa o **entendimento majoritário** daquele E. Tribunal.

Por outro lado, nos termos do **voto vencido**, a conduta praticada pelo sentenciado seria atípica, certo que o artigo 50, inciso VII, da LEP, somente haveria de incidir sobre comportamentos ocorridos dentro do ambiente prisional, não se aplicando, por analogia, ao condenado flagrado na posse de celular durante trabalho extra muros, em regime semiaberto. Nesse sentido, apontou-se como fundamento o v. acórdão proferido no AgRg no HC n. 866.758/SP, de Relatoria do E. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/4/2024, publicado no DJe de 18/4/2024, que representa **entendimento minoritário** daquele E. Tribunal.

É este o ponto central da divergência verificada no julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0012357-94.2024.8.26.0996.

regimes prisionais quando estabeleceu, no artigo 50 da LEP, os comportamentos faltosos mais reprováveis durante o cumprimento da pena. Assim, seja no regime fechado ou no semiaberto, comete falta grave, por exemplo, o detento que incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina (inciso I), que provocar acidente de trabalho (inciso IV), inclusive no trabalho externo, que inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, da LEP (inciso V) e, da mesma forma, aquele que tiver sob sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (inciso VII).

Seguindo essa linha de raciocínio, no tocante ao disposto no art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, **é entendimento da ampla maioria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que a posse de celular, ainda que na realização de trabalho externo, configura a prática de falta grave:**

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE CELULAR E TABLET DURANTE A REALIZAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO. REGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO DO MARCO INICIAL PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS, EXCETO PARA FINS DE LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO DA PENA. PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a posse de celular durante a realização de trabalho externo, ainda que fora do estabelecimento prisional, configura a prática de falta grave.

2. Uma vez reconhecida a tipicidade da conduta, classificada como falta grave, qualquer discussão acerca da configuração da infração disciplinar ou até mesmo sua desclassificação para falta de natureza média demandaria o reexame de matéria fático-probatória dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus 3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.364.192/RS, consolidou o entendimento de que "a prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo", excetuando, no entanto, a alteração do marco inicial para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação da pena.

4. A perda dos dias remidos em grau máximo encontra-se devidamente fundamentada na natureza, nas consequências do fato e no histórico carcerário do faltoso, não havendo, assim, falar em falta

de fundamentação idônea ou desproporcionalidade da punição aplicada.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC n. 96.193/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 3/6/2020.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.
SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO
CONSTITUCIONAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO
AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. POSSE DE CELULAR E ACESSÓRIOS. FALTA GRAVE. LEI N. 11.466/07. ART. 50, VII, DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. É assente nesta Corte Superior o entendimento de que após a edição da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho telefônico ou dos componentes essenciais ao seu efetivo funcionamento, passou a ser considerada falta grave.

2. Na espécie, cumprindo a pena no regime semiaberto, foi encontrado no armário utilizado pelo paciente, enquanto realizava trabalho externo, aparelho celular e acessórios, configurando, portanto, o cometimento de falta grave.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 286.362/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe de 3/5/2016.)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. FALTA GRAVE. ART. 50, INCISO VII, DA LEP. POSSE DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR DURANTE O TRABALHO EXTERNO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É cediço que "o instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla

defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita" (AgRg no RHC n. 147.885/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe 13/12/2021).

2. Colhe-se do acórdão recorrido que, in casu, a mera guarda do aparelho na empresa em que o acusado realizava atividade laborterápica externa não caracteriza, por si só, quebra da cadeia de custódia.

Ademais, o Tribunal de origem ressaltou que a falta grave praticada pelo agravante caracteriza-se com a mera posse ou uso do telefone celular, sendo absolutamente irrelevante se tal uso consistiu na realização de chamadas telefônicas ou no registro de imagens, por meio de fotos ou de vídeos.

3. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, não evidenciada a existência de adulteração da prova, supressão de trechos, alteração da ordem cronológica dos diálogos ou interferência de terceiros, como na espécie, não há falar em nulidade por quebra da cadeia de custódia.

4. Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo. Nesse contexto, foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula n. 523, que assim dispõe: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

5. No presente caso, a defesa não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício, tampouco comprovou cabalmente a ocorrência de quebra da cadeia de custódia, tendo a Corte local assentado que não foram constatados quaisquer indícios de que tenha ocorrido adulteração de dados. Assim, não demonstrado efetivo prejuízo, tampouco comprovada a quebra da cadeia de custódia pela defesa, não merece prosperar a pretensão defensiva.

6. Outrossim, a desconstituição das conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem, firmadas no sentido de que não foi constatado qualquer comprometimento do iter probatório, no intuito de abrigar a pretensão defensiva, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do conjunto fático-probatório, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

7. A jurisprudência desta Corte Superior, ao interpretar o art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, consignou que a posse de celular, ainda que na realização de trabalho externo, configura a prática de falta grave.

Tal posicionamento é o que melhor se coaduna com o propósito da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.466/2007 na LEP - o controle da comunicação entre os custodiados e o ambiente externo, via aparelhos de telefonia móvel (AgRg no HC n. 839.818/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe

de 27/10/2023.). Precedentes.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.684.625/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/9/2024, DJe de 16/9/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DE FALTA GRAVE. POSSE DE CELULAR DURANTE A REALIZAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 50, VII, DA LEP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior, ao interpretar o art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, firmou entendimento no sentido de que a posse de celular, ainda que na realização de trabalho externo, configura a prática de falta grave. Tal posicionamento é o que melhor se coaduna com o propósito da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.466/2007 na LEP - o controle da comunicação entre os custodiados e o ambiente externo, via aparelhos de telefonia móvel.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 839.818/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 27/10/2023.)

Deve, então, prevalecer, o entendimento da d. maioria desta C. 16ª Câmara de Direito Criminal, que em consonância com o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, considerou como falta grave prevista no artigo 50, inciso VII, da LEP, o comportamento do sentenciado, flagrado por agentes penitenciários na posse de aparelho de telefonia celular durante o trabalho externo em regime semiaberto.

De mais a mais, quanto ao pedido subsidiário no sentido de que *o tempo decorrido entre a sustação cautelar do regime semiaberto e a regressão definitiva ao regime fechado seja descontado da pena a ser cumprida em regime fechado, a partir da interrupção e reinício da contagem do lapso para futura progressão*, não há possibilidade de enfrentá-lo nesta ocasião. Como bem consignado no voto vencedor, “(...) tal demanda não foi analisada em primeiro grau de jurisdição, de forma que a análise nesse momento, originalmente por esta Corte de Justiça, configuraria indesejável supressão de instância, o que, em última análise, é prejudicial ao próprio agravante (...)”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, nada a ser reparado no v. acórdão recorrido.

Ante o exposto, **conheço e rejeito os Embargos Infringentes e de Nulidade, mantendo o v. acórdão recorrido sob os próprios fundamentos.**

MARCOS ZILLI

Relator