

HABEAS CORPUS Nº 492.749 - SP (2019/0038704-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : HOMERO CONCEICAO MOREIRA DE CARVALHO
ADVOGADO : HOMERO CONCEIÇÃO MOREIRA DE CARVALHO -
SP121173
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : BENEDITO CARLOS SILVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BENEDITO CARLOS SILVEIRA contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (HC n. 5018706-91.2018.4.03.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, no regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º (por 2 vezes), do Código Penal. O Tribunal de apelação confirmou a sentença, determinando a expedição do mandado de prisão com a ressalva de que o paciente só poderá ser preso após disponibilizada vaga em estabelecimento prisional próprio ao regime semiaberto.

A defesa, então, requereu, junto ao Juízo sentenciante, a prisão domiciliar do paciente, tendo em vista ser ele acometido de graves problemas cardíacos. O Magistrado, contudo, indeferiu, sob o argumento de que a questão deve ser resolvida perante o Juízo de execuções.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, perante a Corte estadual, pleiteando a prisão domiciliar. O Tribunal impetrado, contudo, denegou a ordem (e-STJ fl. 45):

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PENA EM REDIME SEMIABERTO. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM DENEGADA.

1. Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, compete ao Juízo das Execuções decidir sobre os incidentes que surgirem durante o cumprimento da pena, como o pedido de prisão domiciliar, por força do art. 65 e do art. 66, ambos da Lei

de Execuções Penais, mormente porque exaurida a competência do Juízo de Conhecimento, ora autoridade coatora.

2. O pedido de prisão domiciliar deverá ser analisado pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, quando da expedição da guia de recolhimento, por ser o órgão judicial competente para tanto.

3. Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a defesa alega graves problemas de saúde do paciente e que caso ele seja levado ao cárcere, ainda que em regime semiaberto, terá risco de morte, uma vez que as penitenciárias não oferecem condições de abrigo adequado para o seu estado. Argumenta que ele não cometeu crime grave, além de ser primário, advogado e ter residência fixa.

Com isso, pede, em liminar e no mérito, a concessão da prisão domiciliar em favor do paciente.

É o relatório. **Decido.**

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

No caso dos autos, **verifico manifesta ilegalidade** apta a justificar o deferimento da medida de urgência.

In casu, há impasse gerado pelo acórdão impugnado, **no que tange à ordem de imediata expedição de mandado de prisão em desfavor do apenado**, ainda que com a ressalva de que o paciente só poderá ser preso após disponibilizada vaga em estabelecimento prisional próprio ao regime semiaberto.

Na dicção das decisões mais recentes do STF, a expedição da guia de recolhimento e seu encaminhamento ao juízo de execução não podem ser condicionados à prévia prisão do paciente.

Assim sendo, se apenas após a expedição da guia de

recolhimento inicia-se a competência do juízo de execução, e sendo este o competente para decidir, forçoso concluir que não será possível a apreciação do seu pleito até que a referida guia chegue ao conhecimento da autoridade competente.

Tal situação se mostra dissonante com a garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* -, bem como no art. 8º, item I, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, o qual dispõe que *toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza*.

Esta Corte esbarrou com a questão em circunstância análoga, na qual a letra fria da lei foi superada pela 6ª Turma, para evitar constrangimento ilegal decorrente da imposição de prévio recolhimento do réu para somente então abrir-se o acesso aos benefícios da execução.

Segundo tal entendimento, pondera-se que em determinadas circunstâncias, excepcionais e específicas, é possível que a condição de prévio recolhimento do réu ao cárcere para início da execução penal crie peculiaridades que se mostram manifestamente desproporcionais e não razoáveis (HC 312.561/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 13/06/2016).

Também a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante ao presente caso, determinou a expedição da guia de execução em favor do paciente (HC 366.616/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017).

Aliás, à época de tal julgamento, já havia a mesma orientação por parte da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (HC-119.153/STF,

Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 6/6/2014).

Mais recentemente, decidiu o eminente Ministro Edson Fachin, contra decisão desta relatoria:

Trata-se de habeas corpus interposto contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. BENEFÍCIOS DE EXECUÇÃO PENAL SEQUER INICIADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. SÚMULA N. 182/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O agravante limitou a reiterar as teses já expendidas, não logrando êxito em rebater os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Agravo regimental não conhecido.”

Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, §2º, I e II, na forma do art. 14, II, todos do CP; b) com a prolação da sentença condenatória foi deferido pelo Juízo a quo o direito do paciente de recorrer em liberdade; c) após o trânsito em julgado da condenação, contudo, foi expedido novo mandado de prisão e guia de recolhimento definitiva em desfavor do paciente, não se considerando que, à vista do tempo em que permaneceu preso provisoriamente, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, já faria jus ao regime aberto ou mesmo ao livramento condicional; e) informada tal situação em primeira instância de jurisdição, o Juízo recusou-se a instaurar processo de progressão de regime, alegando que, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não possui competência para analisar a detração penal, a qual deve ser postulada junto ao Juízo da Execução; f) foi impetrado HC junto ao TJSP o qual considerou inexistente ilegalidade na expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, pois somente após “inserido o paciente no sistema prisional, haverá elaboração do cálculo de penas, observada a detração, ocasião na qual o juízo da execução poderá analisar eventual alcance do lapso e verificar se o paciente reúne mérito bastante para a progressão de regime”.

À vista do acima exposto, requer a concessão da ordem para “conceder ao Paciente o LIVRAMENTO CONDICIONAL DA PENA, subsidiariamente, deferir sua promoção ao REGIME ABERTO; ou ainda, determinar ao douto Juiz de origem, EXCEPCIONALMENTE, para que o Paciente possa aguardar em PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR, INDEPENDENTEMENTE DA EXPEDIÇÃO DE SUA CARTA

DE GUIA até o surgimento de Vaga em local adequado para o cumprimento de sua reprimenda em REGIME SEMIABERTO.” É o relatório. Decido.

1. Cabimento do habeas corpus: O sistema de recursos e meios de impugnação previsto na Constituição Federal, lida como regra de distribuição de competências, tem uma razão de ser. Até então, acompanhando entendimento fixado na Primeira Turma, sustentei que não há como se admitir habeas corpus impetrado em substituição a instrumento recursal constitucionalmente previsto, como é o recurso ordinário. Nesse sentido: “A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade do uso da ação de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal.” (Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, grifei). Contudo, a Segunda Turma desta Corte uniformizou posicionamento para admitir writ substitutivo de recurso ordinário constitucional. Nessa esteira: “A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional (art. 102, II, a, da Constituição Federal).” (HC 122.268, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24.03.2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015). Outros precedentes: HC 112.836, Ministra Cármen Lúcia, DJe 15.8.2013; e HC 116.437, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 19.6.2013. Sendo assim, ressalvado posicionamento pessoal sobre a matéria, agora como integrante da Segunda Turma, em observância ao princípio da colegialidade, admito o habeas corpus.

2. No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto. De início, pontuo que, ante a negativa do Juízo da Vara Criminal de Caraguatatuba/SP para a apreciação do pedido de livramento condicional ou progressão ao regime aberto, o paciente interpôs HC no TJSP, o qual denegou a ordem, em acórdão assim ementado (eDOC.02): “HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – INCONFORMISMO COM A FALTA DE APRECIÇÃO DE BENEFÍCIOS PRISIONAIS, EM FACE DA DETRAÇÃO PENAL – COMPETÊNCIA DO R. JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS – PACIENTE QUE AINDA NEM SEQUER COMPÕE O SISTEMA PRISIONAL – ORDEM DENEGADA.” Na mesma linha, sobreveio decisão do STJ que não conheceu de habeas corpus ali impetrado, por considerar que “os pedidos manejados pela defesa não foram examinados nas instâncias ordinárias, pois a execução penal nem sequer foi iniciada”, de tal modo a “Corte Superior fica impedida de posicionar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. Em que pese a argumentação

*vertida no ato coator, verificando a existência de teratologia, a concessão da ordem é medida que se impõe. Argumenta o impetrante que o Juízo da condenação expediu mandado de prisão e guia de recolhimento definitiva, recusando-se, contudo, a apreciar o pedido de progressão de regime, pois “havia cessado a competência jurisdicional da digna autoridade inicialmente apontada coatora; qual seja o digno Juízo de Origem”. Como se vê, o que o impetrante busca é a possibilidade de instauração do processo executivo e análise do pedido de progressão de regime, considerando o tempo de prisão provisória do paciente, mesmo antes de cumprido o mandado de prisão expedido. **Com efeito, é no mínimo irrazoável condicionar a análise de benefício executório ao recolhimento prisional do paciente. Se, nos termos da pretensão do impetrante, foram preenchidos os requisitos para implemento do livramento condicional ou progressão ao regime aberto, revela-se desproporcional a observância do regime intermediário para fins de exame da situação executória, a revelar excesso de execução e condicionamento não previsto em lei.** A propósito, a possibilidade de que o tempo de prisão provisória repercuta no regime de cumprimento de pena, mesmo que o acusado não se encontre enclausurado, constitui inovação associada à Lei 11.719/08, que disciplina a vinculação entre detração penal e regime inicial, com vistas a dissuadir desnecessária intervenção no estado de liberdade. Ainda na linha de prestigiar o direito à liberdade, cito a edição da Súmula Vinculante 56 e as decisões proferidas na ADI 5240 (audiência de custódia) e na ADPF 347 (estado de coisas inconstitucional). Assim, a atuação da Corte frente à essa realidade não pode ser desprezada. **Em outras palavras, não parece razoável exigir que uma pessoa em liberdade se recolha à prisão para que tenha seu pedido de benefício de livramento condicional ou progressão para o regime aberto analisado, em evidente esvaziamento da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).** Dessa forma, pendente de análise pedido de benefício executório, em razão de tempo atinente à prisão processual, mesmo sem cumprimento do mandado de prisão penal, **a guia definitiva deve ser encaminhada ao Juízo da Execução Penal, observado o disposto no art. 65 da LEP, que dispõe: “Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.”** Por outro lado, a pendência de análise do pedido de progressão não arrefece, por si só, a validade e cogência da ordem prisional, a qual, in casu, não se reveste de natureza cautelar, mas deriva de condenação legitimamente imposta, inclusive já transitada em julgado. **Posto isso, com base no art. 192 do RISTF, concedo a ordem de ofício, em menor extensão, para determinar: a) a instauração do processo de***

execução penal, com observância do art. 65 da LEP, independentemente do recolhimento do paciente à prisão; b) a análise, pelo respectivo Juízo da Execução Penal, do pedido de livramento condicional ou progressão de regime, avaliando-se o tempo de pena já cumprido e os demais requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito (inclusive com utilização de fax, se necessário) ao Juízo da condenação, a quem incumbirá o efetivo cumprimento do item “a” dessa decisão, bem como a comunicação do item “b” ao Juízo da Execução Penal a ser definido. Igualmente, comunique-se ao TJSP, para ciência. Publique-se. Intime-se. (HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017).

No mesmo diapasão: HC 150.556/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 24/11/2017 e AgInt no AREsp 445.578/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018.

A hipótese dos presentes autos configura circunstância análoga à dos precedentes transcritos, em que o prévio recolhimento à prisão, ainda que condicionado à existência de vaga no regime imposto, consiste em condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito do início da pena no regime adequado, ou seja, o semiaberto.

Com efeito, embora a análise do cabimento do cumprimento da pena em prisão domiciliar pelo paciente ou do pedido visando impedir que se prossiga o cumprimento antecipado da pena em regime mais gravoso que o fixado em sentença penal condenatória caiba ao magistrado das execuções, seu pedido encontra espaço para análise, de modo que merece ser apreciado pelo Judiciário, nesta Corte, de ofício.

Diante do exposto, **defiro a liminar postulada** para sobrestar os efeitos do mandado de prisão expedido, determinando, em consequência, a expedição de alvará de soltura em favor do sentenciado, até a formação da guia de execução provisória, de modo que a defesa possa formular perante o Juízo das Execuções Criminais os pedidos que entender pertinentes.

Comunique-se, com urgência.

Solicitem-se informações ao Juízo das Execuções Criminais e à Corte de origem.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

