

HABEAS CORPUS Nº 485.535 - SP (2018/0341150-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : RICARDO RODRIGUES E OUTROS
ADVOGADOS : RICARDO RODRIGUES - SP253451
ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS - SP184596
ROBERTA FRADE PALMEIRA JACCOUD - SP270733
DANIEL VIEIRA DE SOUZA - SP398419
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERTON RODRIGO DE ALMEIDA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/11), com pedido liminar, impetrado em benefício de EVERTON RODRIGO DE ALMEIDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Habeas Corpus* n. 2219130-31.2018.8.26.0000 - fls. 98/103).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou o ora paciente à pena de **prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 6 meses**, por o considerar incurso no art. 28, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 77/85).

Irresignada, a acusação interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que deu provimento ao apelo ministerial, para condenar o acusado à pena de **4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo legal**, por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Transcrevo, a seguir, a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - RECURSO MINISTERIAL VISANDO À CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA - PROVIMENTO - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS SEGUROS E COERENTES COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS.

Tendo os policiais que participaram da prisão do réu apresentado depoimentos seguros e coerentes com os demais elementos de prova dos autos, no sentido de que o réu trazia os entorpecentes destinados à comercialização, e inexistindo evidência de que aqueles tivessem qualquer motivo para

incriminá-lo falsamente, impõe-se a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes. Recurso provido, para condenar o apelado pelo delito do artigo 33, caput e § 4 da Lei nº 11.343/06. (fl. 46).

A defesa impetrou o *Habeas Corpus* n. 439.477/SP, neste Superior Tribunal de Justiça, tendo a ordem sido concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para **2 anos e 6 meses de reclusão, e 250 dias-multa, bem como fixar o regime inicialmente semiaberto** (fls. 54/62).

Na sequência, houve o trânsito em julgado da sentença / acórdão (fl. 63) e o paciente pleiteou que fosse expedida a sua guia de recolhimento, antes do cumprimento do mandado de prisão para início do cumprimento da pena, permitindo-se que o juiz da execução analisasse, previamente, o pleito de detração do tempo de custódia cautelar. O pedido foi indeferido (fl. 72).

Por isso, a defesa impetrou novo *writ*, na Corte estadual, que denegou a ordem, nos termos de acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS - PACIENTE CONDENADO AO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO REGIME SEMIABERTO, COM TRÂNSITO EM JULGADO - PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO - MANDADO DE PRISÃO PENDENTE DE CUMPRIMENTO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO

- Necessário o cumprimento do mandado de prisão para que seja expedida a guia de recolhimento, com a qual será iniciada a fase de execução penal, cabendo ao Juízo da Execução decidir sobre os pedidos de aplicação da detração e progressão ao regime aberto, sob pena de supressão de instância. Inteligência do artigo 105 da Lei de Execução Penal e do artigo 674 do Código de Processo Penal. Ordem denegada. (fl. 99).

No presente *mandamus*, os impetrantes alegam que não há necessidade de, primeiro, recolher o paciente à prisão para que, depois, seja expedida a Guia de Recolhimento. Nesse sentido, aduzem que, uma vez aplicado o instituto da detração penal, o paciente não precisaria recolher-se à prisão, já tendo cumprido o requisito objetivo para a progressão, razão pela

qual se mostra incoerente a exigência prévia de prisão.

Sustentam que é o julgador da causa o competente para aplicar a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Ao final, requerem, liminarmente e no mérito, seja a ordem concedida para determinar que o juízo processante da 2ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté/SP expeça, imediatamente, a carta de guia de recolhimento do paciente, para análise do pleito de detração e progressão de regime, enquanto este aguarda em liberdade.

A liminar foi indeferida, às fls. 112/116.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela remessa dos autos ao TJ/SP, a fim de que o feito seja autuado como revisão criminal (fls. 148/150).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Os impetrantes alegam que não há a imposição legal de, primeiro, recolher-se o paciente à prisão (cumprimento do mandado de prisão) para que, depois, seja expedida a guia de recolhimento.

Aduzem, ainda, que, no caso, uma vez aplicado o instituto da detração penal, o paciente não precisaria recolher-se à prisão, pois, computando-se o tempo em que ficou preso cautelarmente, já seria possível deferir a progressão de regime.

Asseveram que é o próprio julgador da causa o competente para aplicar a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP.

A matéria foi decidida, na origem, nos seguintes termos:

"No caso presente, verte das informações prestadas pela autoridade dita coatora, datadas de 18.10.2018, que o Paciente foi condenado como incurso no artigo 28, caput, da Lei n. 11.343/06, à pena de advertência sobre o efeito das drogas, tendo o Ministério Público interposto recurso de Apelação, ao qual foi dado provimento, para condenar o Paciente à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao disposto no artigo 33, caput e § 4, da Lei n. 11.343/06. Rejeitados os embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão, a Defesa interpôs Recurso Especial em 02.03.2017 e, diante da sua não admissão, interpôs Agravo Regimental em 29.06.2017. O C. Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo não conhecimento do Recurso Especial, mantendo a condenação do Paciente. Após o trânsito em julgado, ocorrido em 20.03.2018, o C. Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de Habeas Corpus impetrada de ofício, para reduzir a pena do Paciente para 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto. Diante disso, o Juízo a quo solicitou ao C. Superior Tribunal de Justiça orientação em como proceder, já que este havia mantido a condenação do Paciente e, após o trânsito em julgado, reduziu a pena do Paciente, concedendo, de ofício, ordem de Habeas Corpus. Em 07.08.2018, a fim de evitar a ocorrência da prescrição da pretensão executória, foi expedido mandado de prisão, aguardando-se a sua devolução, devidamente cumprido, para posterior expedição de guia de recolhimento (fls. 89/92).

Verifico, assim, que, diante do trânsito em julgado às partes da condenação, a I. Magistrada apontada como autoridade coatora adotou as providências necessárias, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente, que está pendente de cumprimento, razão pela qual indeferiu o pedido de expedição de guia de recolhimento.

Dessa forma, não pode ser apontada como autoridade coatora, na medida em que não submeteu o Paciente a constrangimento ilegal.

Com efeito, a expedição de mandado de prisão, por si só, não caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que, tratando-se de réu solto, imprescindível o cumprimento do mandado de prisão para o início da execução penal, sendo certo que, somente a partir deste momento, os pedidos de detração e progressão de regime poderão ser analisados pelo Juízo a quo.

Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 105 da Lei de Execução

Penal, determina que, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. No mesmo sentido é o artigo 674 do Código de Processo Penal.

[...]

Dessa forma, necessário o cumprimento do mandado de prisão para que seja expedida a guia de recolhimento, com a qual será iniciada a fase de execução penal, cabendo ao Juízo da Execução a análise de pedidos de aplicação da detração e progressão ao regime aberto, sob pena de supressão de instância.

Diante deste quadro, não ocorre qualquer constrangimento ilegal contra o Paciente a ser sanado pela via do remédio heroico." (fls. 100/103).

Acontece que os art. 105, da Lei n. 7.210/1984, e art 674, do Código de Processo Penal, estipulam que, *transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.*

Nos termos da lei, portanto, a expedição da guia de recolhimento demanda prévia prisão do réu.

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 sobre pedido de detração penal, após o trânsito em julgado da condenação, forçoso concluir, de início, que não seria possível a apreciação do pleito do paciente até que ocorresse seu recolhimento.

Ou seja, somente após o cumprimento do decreto de prisão, a defesa poderia pleitear ao juízo das execuções a detração, do total da pena do paciente, do tempo cumprido de custódia cautelar, bem como eventual progressão de regime, nos termos do art. 66, inciso III, alíneas 'b' e 'c', da Lei de Execução Penal.

Este é o entendimento majoritário desta Corte, observe-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL ABERTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA

CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PACIENTE EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

[...]

2. Nos termos da legislação em vigor, especialmente os arts. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento será expedida após o trânsito em julgado da sentença, quando o réu estiver ou vier a ser preso. In casu, o paciente encontra-se em lugar incerto e não sabido, o que inviabiliza o início da execução. Ilegalidade não evidenciada.

[...]

4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 46.699/MG, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE PROFERIU A SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 105 DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Segundo a dicção do art. 105 da Lei n.º 7.210/84, o processo de execução apenas poderá ser instaurado após a prisão do condenado, oportunidade na qual será expedida a guia de recolhimento a ser encaminhada ao Juízo da execução, iniciando, neste momento, a competência deste.

2. Sendo a prisão do condenado condição indispensável para a emissão da guia de recolhimento, o que deve ser feito pelo Magistrado que proferiu o édito condenatório, quando do seu trânsito em julgado, não há falar em incompetência deste para determinar que se expeça o respectivo mandado de prisão.

[...]

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (RHC 64.550/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 04/05/2016)

No caso específico, porém, nota-se que a lei cria lacuna que deixa o paciente em uma espécie de limbo jurídico, no qual se encontra

impossibilitado de formular seu pedido de detração penal perante qualquer autoridade judiciária.

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, por maioria, 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.

Eis a ementa do mencionado precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO CRIMINAL. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONDICIONADA À PRISÃO. PECULIARIDADES DO CASO EM APREÇO QUE CONDUZEM À POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Inicialmente, em virtude de um primeiro decreto condenatório expedido pelo juízo de primeiro grau, expediu-se guia de recolhimento provisória em 11/09/2009, remetendo-se à Vara de Execuções Criminais, vindo a paciente ser presa

preventivamente na oportunidade.

3. Posteriormente, a mencionada sentença foi anulada, sobrevindo nova condenação, desta vez em patamar inferior àquela primeira, fixando-a no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão.

4. Permaneceu presa 3 (três) anos e 5 (cinco) meses, sem prejuízo da remição, pois trabalhou na unidade prisional. Encontra-se liberta há mais de 2 (dois) anos e possivelmente ressocializada. Inviabilidade de exercer o direito à progressão de regime ou aplicação da detração pelo juízo de execuções criminais.

5. Malgrado não se desconheça o teor do art. 105 da Lei de Execuções Penais, segundo o qual a expedição da carta de sentença está condicionada ao recolhimento à prisão do condenado à pena privativa de liberdade, verifica-se, in casu, ser manifestamente desproporcional e desnecessária a colocação da paciente em cárcere, notadamente quando, à época da impetração (17/12/2014), cumpriu-se aproximadamente 3 (três) anos e 5 (cinco) meses da pena imposta, sendo indeferido o requerimento por demasiado apego à formalidade estampado pelo juízo de piso.

6. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já determinou a expedição de guia de execução sem a prisão do condenado, para possibilitar a análise de pedido de detração pelo Juízo das Execuções (HC n. 119.153/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática de 28/10/2013).

7. Impossibilidade de se perfazer, nesse momento, a cognoscibilidade da detração penal propriamente dita e, por conseguinte, eventual análise da progressão de regime, porque seria necessário o reexame de fatos e provas, somado ao fato de não ter sido apreciado pelas circunstâncias ordinárias, culminando em indevida supressão de instância.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja expedida a guia de recolhimento provisória em prol da paciente, devendo, ainda, o Juízo de Origem analisar eventual detração e progressão de regime em favor da paciente. (HC 312.561/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 13/06/2016)

Também a 5.^a Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante ao presente caso, determinou a expedição da guia de execução em favor do paciente. Veja-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR FORMULADO PERANTE JUÍZO DE CONHECIMENTO. ENCERRAMENTO DA JURISDIÇÃO. PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Com a superveniência do trânsito em julgado em relação à condenação, fica encerrada a prestação jurisdicional do juízo de conhecimento, não cabendo sua manifestação nos autos a respeito do cabimento de cumprimento da pena em prisão domiciliar. Precedentes.

3. Nos termos dos art. 105 da Lei nº 7.210/84 e art 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento - e consequente início da competência do juízo das execuções - demanda prévia prisão do réu.

4. Hipótese, entretanto, de circunstância excepcional, na qual a paciente encontra-se impossibilitada de formular seu pleito de cumprimento da pena em prisão domiciliar por encontrar-se em local incerto e não sabido.

5. Nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, o art. 8º, item I, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica 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.

6. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por questões humanitárias, admitem, excepcionalmente, a prisão domiciliar a condenados que estejam submetidos a pena em regime diverso do aberto, observadas as peculiaridades do caso concreto.

In casu, a paciente estava grávida e, atualmente, a criança têm meses de vida (amamentação), além de ser mãe de mais duas crianças menores de 12 anos. O exame de seu pleito é, portanto, urgente.

7. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1.º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3.º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

8. Em suma, sendo, na hipótese específica dos autos, o prévio recolhimento à prisão condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, devida a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF e do STJ.

9. Habeas Corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independente do prévio recolhimento da paciente ao cárcere, de modo que a defesa possa formular perante o juízo das execuções o pedido de concessão da prisão domiciliar. (HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)

Aliás, à época de tal julgamento, havia apenas decisão monocrática proferida pela Min. Cármen Lúcia no sentido ora abordado, ou seja, vislumbrando a plausibilidade da expedição da guia de execução antes da prisão do condenado. Entretanto, a tese foi confirmada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR SUPERIOR À PENA DEFINITIVA. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO CONDICIONADA À PRISÃO DO CONDENADO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DECISÃO MONOCRÁTICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE

OFÍCIO.

[...]

2. Compete ao juízo de execução criminal a apreciação de pedido de detração penal, configurando flagrante constrangimento o indeferimento, pelo juízo de primeiro grau, do pedido de expedição de guia definitiva de pena, por impedir que a matéria seja submetida ao juízo competente, mais ainda quando se alega cumprimento integral da pena definitiva no período de prisão provisória.

3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para confirmar a liminar. (HC-119.153/STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 6/6/2017)

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 TJ/SP 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, INDEPENDETEMENTE 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.

[...]

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 TJ/SP, 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. 5.º, 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 consiste em condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito de detração penal, ou, até mesmo, a progressão de regime prisional.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Entretanto, **concedo a ordem, de ofício**, para determinar a expedição de guia de execução da pena, independente de prévio recolhimento do paciente ao cárcere, de modo que a defesa possa formular, perante o Juízo das Execuções, o pedido de detração penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator