HABEAS CORPUS Nº 488.044 - SC (2019/0001285-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	JESSE NATANAEL FREITAS DA MOTTA
ADVOGADO	:	JESSÉ NATANAEL FREITAS DA MOTTA - SC043999
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	FABIANO BARTSCH (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de **FABIANO BARTSCH**, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o Juízo das Execuções Penais da Comarca de Joinville/SC, deferiu a *"saída antecipada em regime semiaberto"*, na modalidade de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico em favor do paciente, contudo, o Ministério Público Estadual interpôs agravo em execução perante o eg. Tribunal de origem, o qual proveu o recurso para cassar a decisão de 1º Grau, consoante acórdão de fls. 10-16, assim resumido por sua ementa:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO QUE DEFERIU AO APENADO PRISÃO DOMICILIAR. PROGRESSÃO PER SALTUM. NÃO OCORRÊNCIA DE NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REEDUCANDO EM REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM COLÔNIA AGRÍCOLA OU INDUSTRIAL QUE NÃO JUSTIFICA, POR SI SÓ, A COLOCAÇÃO DO APENADO EM PRISÃO DOMICILIAR. ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL, QUE POSSIBILITA A OBSERVÂNCIA DOS BENEFÍCIOS INERENTES AO REGIME SEMIABERTO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."*

No presente **mandamus**, a Defesa alega que *"o paciente encontra-se cumprindo uma sanção mais gravosa, haja vista, em que pese o lugar que está detido ser intitulado semiaberto, os documentos em anexos não deixem margem às dúvidas, à medida que a sanção extrapola os limites*

impostos na decisão de progressão de regime, sendo que o ambiente é claramente voltado aos presos do regime fechado, seja pela intensa vigilância e confinamento próprio do regime mais severo" (fl. 5).

Aduz que o **decisum** impugnado contraria o disposto na Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal, bem assim os parâmetros estabelecidos pela citada Súmula e pelo julgamento do RE n. 641.320, naquela col. Corte.

Requer, ao final, a concessão da ordem, *"reconhecendo o constrangimento ilegal, com a manutenção da prisão domiciliar"* (fl. 9).

Pedido de sustentação oral à fl. 8.

A liminar foi indeferida às fls. 63-65.

As informações foram prestadas às fls. 70-75 e 80-129.

O Ministério Público Federal, às fls. 132-135, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGAS EM COLÔNIA AGRÍCOLA OU INDUSTRIAL. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. IMPROCEDÊNCIA. PACIENTE QUE GOZA DE TODOS OS BENEFÍCIOS GARANTIDOS NO REGIME SEMIABERTO: TRABALHO EXTERNO, FREQUÊNCIA A CURSOS PROFISSIONALIZANTES E AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS. DECISÃO QUE ATENDE AO QUE DETERMINA A SÚMULA VINCULANTE 56/STF "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar nessa hipótese os parâmetros fixados no RE 641.320.". CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."*

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado

pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento.

No caso, seria adequado o recurso especial. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Ressalte-se, inicialmente, que diante do reconhecimento uníssono de que configura constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele que lhe foi determinado ou para o qual obteve progressão, quando não houver vaga em local adequado, o col. Supremo Tribunal Federal editou a **Súmula Vinculante n. 56** com a seguinte redação: *"A falta de vagas em estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros do Recurso Extraordinário 641.320."*

No **RE n. 641.320/RS** foram estabelecidos os seguintes parâmetros: *"havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto."*

Em recente julgamento proferido pela **Terceira Seção desta Corte**, no **REsp n. 1.710.674/MG**, no rito dos recursos repetitivos (Tema 993),

Relator o insigne Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, assim foi delimitada a controvérsia: *"(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS".*

Assentou a Terceira Seção, por decisão unânime, a seguinte tese: *"A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto."*

Confira-se a ementa do **REsp n. 1.710.674/MG**:

> *"RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. EXECUÇÃO PENAL. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. QUANDO INEXISTENTE VAGA NO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA ADEQUADO AO EXECUTADO OU ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O PREVISTO EM LEI. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 641.32Q/RS,*
>
> *1. Recurso representativo de controvérsia, para atender ao disposto 110 art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e na Resolução STJ n. STJ n. 8/2008.*
>
> *2. Delimitação da controvérsia: "(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS".*
>
> *3. TESE: A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do beneficio da*

prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante n° 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE n° 641.329,/ES,, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reedusandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto.

4. Ao examinar a questão do cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de não existir vaga em estabelecimento adequado ao regime em que está efetivamente enquadrado o reeducando, por ocasião do julgamento do RE 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal assentou que "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso" e que "Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c")".

Concluiu, ainda, que, na ausência de vagas ou estabelecimento prisional adequado na localidade, o julgador deve buscar aplicar as seguintes alternativas, em ordem de preferência: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

Observou, entretanto, que, até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado e que a adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado.

5. Somente se considera a utilização da prisão domiciliar pouco efetiva, como alternativa à ausência de vagas no regime adequado, quando ela restringe totalmente o direito do executado de deixar a residência, não permitindo, assim, o exercício de trabalho externo, ou quando, estando o reeducando no regime aberto, a prisão domiciliar puder ser substituída pelo cumprimento de penas alternativas e/ou estudo.

Não há óbices à concessão de prisão domiciliar com monitoração eletrônica ao sentenciado em regime semiaberto,

quando não há vagas no regime específico ou quando não há estabelecimento prisional adequado ou similar na localidade em que cumpre pena.

6. Não há ilegalidade na imposição da prisão domiciliar, mesmo a pura e simples em que o executado não tem direito de deixar a residência em momento algum, em hipóteses não elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, máxime quando não houver vagas suficientes para acomodar o preso no regime de cumprimento de pena adequado, tampouco estabelecimento prisional similar, e não for possível, no caso concreto, a aplicação de uma das hipóteses propostas no RE n. 641.320/RS.

7. CASO CONCRETO: Situação em que o reeducando cumpria pena em regime semiaberto e obtivera, do Tribunal de Justiça, o direito de cumpri-la em prisão domiciliar, nas condições a serem fixadas pelo Juízo da execução. Entretanto, após a afetação do presente recurso especial, obteve progressão de regime para o aberto e, atualmente, cumpre pena em prisão domiciliar na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte, além de cumprir outras restrições.

8. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido, em parte, apenas para determinar ao Juízo da Execução que examine a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida pelo executado, no regime aberto, em pena restritiva de direitos ou estudo, em atenção ao entendimento exarado no RE 641.320/RS."

No presente caso, contudo, não se verifica a presença de referida hipótese excepcional - ausência de vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime semiaberto - pois, segundo se verifica do v. acórdão objurgado, o estabelecimento prisional no qual se encontra o paciente seria uma unidade "similar" à colônia agrícola ou industrial, sendo-lhe assegurados todos os direitos do regime intermediário, inclusive trabalho externo. Colhe-se do v. acórdão vergastado, **verbis**:

"No caso dos autos, porém, nada consta a indicar encontrar-se o apenado em uma das situações autorizadoras da prisão

domiciliar, tendo sido esta deferida pelo MM. Juiz a quo sob o principal fundamento de inexistência de vagas em estabelecimentos próprios ao resgate da sanção em regime semiaberto.

Se, de um lado, não podem os apenados ser prejudicados pela má estrutura estatal, de outro, não pode essa mesma deficiência justificar o esvaziamento de um regime prisional determinado em lei como forma a garantir a consecução das finalidades da pena.

Assim, desde que sejam assegurados ao reeducando os direitos inerentes ao resgate da reprimenda no regime semiaberto (como, por exemplo, o trabalho externo, a frequência a cursos profissionalizantes e as saídas temporárias) - situação que, aparentemente, ocorre na hipótese em tela -, não se verifica ilegalidade na sua permanência em estabelecimento prisional diverso daqueles destinados exclusivamente ao resgate da reprimenda no regime semiaberto (quais sejam, colônia agrícola ou industrial).*"* (fls. 15-16, grifei).

Ao julgar casos semelhantes, esta Corte Superior firmou-se no sentido de que é possível o cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais similares, desde que respeitados os direitos inerentes ao regime de resgate da pena, inexistindo excesso de execução. Nesse diapasão os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

> *"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA PENA EM PRESÍDIO REGIONAL. ALA SEPARADO DOS DEMAIS PRESOS. ART. 82, § 2º, DA LEP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*
>
> *[...]*
>
> *2. In casu, a Corte de origem consignou que: [...] se por um lado é certo que ''a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso", por outro* ***são aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado' (regime aberto) (CP, art. 33, § 1o, alíneas 'b' e 'c')", exatamente o caso da Presídio Regional de Joinville.*** *Assim, ainda que alarmante a política carcerária nacional, a falta de vaga para abrigar o reeducando em Penitenciárias destinadas ao cumprimento da pena em regime semiaberto, como bem destacado, inclusive na interpretação da Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal, não é motivo para o deferimento de prisão domiciliar, especialmente quando se trata de um dos melhores estabelecimentos penais do Estado, tal como é o de Joinville. (...)*
>
> *3. Portanto,* ***o Presídio Regional de Joinville,***

apesar de não se enquadrar no conceito de ''colônia agrícola ou industrial", constitui-se em estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime semiaberto.

3. Impende ressaltar que consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento de que, ***se o apenado encontra-se alojado em pavilhão independente e autônomo de estabelecimento destinado ao regime fechado, sem ligação física com o restante do presídio, prestando trabalho externo e usufruindo de saídas temporárias, segundo as regras do regime semiaberto, não há constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que o reeducando não se encontra cumprindo pena em regime mais rigoroso do que o devido.***

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 435.739/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 08/03/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME E PRISÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. APENADO QUE ESTÁ CUMPRINDO PENA EM LOCAL QUE LHE ASSEGURA OS BENEFÍCIOS DO REGIME INTERMEDIÁRIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 56/STF. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Inexistindo vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime imposto, deve ser deferido, ao apenado, excepcionalmente, o cumprimento da pena em regime menos gravoso - aberto -, ou, ainda, persistindo a falta de vaga, deve lhe ser concedida prisão domiciliar, até o surgimento de vagas no regime prisional apropriado. Precedentes.

2. No entanto, na ausência de vaga em estabelecimento destinado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, é possível o resgate da reprimenda em local similar, garantidos os benefícios próprios do modo intermediário, o que não configura constrangimento ilegal, assim como se dá na hipótese dos autos.

3. Além do mais, a alteração da conclusão alcançada pela instância a quo sobre as condições do recolhimento em tela demandaria indevida incursão fático-probatório, incompatível com a via estreita do writ, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária (HC 380.014/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 24/02/2017).

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC

440.925/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 19/06/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS. ***EXECUÇÃO CRIMINAL. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO. APENADO CUMPRINDO PENA EM ESTABELECIMENTO SIMILAR. POSSIBILIDADE. GARANTIDOS OS DIREITOS INERENTES AO REGIME. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.***

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, entende que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

3. Os parâmetros mencionados na citada súmula são: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os Juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para verificar se são adequados a tais regimes, sendo aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como colônia agrícola, industrial (regime semiaberto), casa de albergado ou estabelecimento adequado - regime aberto - (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"); c) no caso de haver déficit de vagas, deverão determinar: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao preso que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto; e d) até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

4. No caso, o Tribunal de origem entendeu que não há razões suficientes para a excepcional colocação do reeducando em prisão domiciliar, pois o estabelecimento prisional em que está recolhido o paciente possui ala separada para os reeducandos inseridos neste regime, sendo-lhe garantidos os benefícios inerentes ao regime semiaberto. Desse modo, não se verifica ilegalidade a ensejar a concessão da ordem.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 371.979/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe

2/5/2017, grifei).

Assim, não há nos autos situação excepcional que justifique a concessão do regime aberto ou da prisão domiciliar para o resgate da reprimenda, inexistindo qualquer ilegalidade no v. acórdão combatido.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 34, XVIII, a, do RISTJ, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

P. I.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro **Felix Fischer**
Ministro