HABEAS CORPUS Nº 510.673 - SC (2019/0139803-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	NOEMIA LEONIDA BORGES
ADVOGADO	:	NOEMIA LEONIDA BORGES - SC029759
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	PAULO HENRIQUE MARTIMIANO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO HENRIQUE MARTIMIANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Agravo em Execução n. 0004244-48.2019.8.24.0038).

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais autorizou a saída antecipada em prisão domiciliar ao condenado PAULO HENRIQUE MARTIMIANO, por entender que o Presídio Regional de Joinville não é local adequado para cumprimento do regime semiaberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante a Corte estadual. O Tribunal então deu provimento ao recurso (e-STJ fl. 24):

> *PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO CRIMINAL. RECURSO DE AGRAVO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO QUE CONCEDE SAÍDA ANTECIPADA EM FORMA DE PRISÃO DOMICILIAR AO CONDENADO SUBMETIDO AO REGIME SEMIABERTO, COM FUNDAMENTO NA SÚMULA VINCULANTE 56 DO STF. DECISÃO REFORMADA. NECESSIDADE DE ESGOTAR OS MEIOS ADMINISTRATIVOS ANTES DA CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

Nesta impetração, a defesa alega que a decisão da Corte *a quo* acarreta inegável constrangimento ilegal, uma vez que submete o paciente a uma situação mais gravosa do que a fixada na sentença, pelo motivo de mera inexistência de estabelecimento penal próprio.

Ressalta que o sentenciado está trabalhando, é pai de duas crianças, menores impúberes, possui domicílio certo, e estava cumprindo regularmente as condições impostas na sentença que deferiu a prisão domiciliar, bem como labora para o sustento da família.

Alega também que a decisão exarada pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não fundamentou adequadamente e em fatos concretos o suposto risco de dano ou de difícil reparação.

Pleiteia, nesse diapasão, em liminar, que seja "suspensa a decisão que determinou 'retorno imediato do Agravado ao ergástulo', eis que, pela já anterior decisão do Juiz de Execução da Comarca de Joinville/SC, as unidades prisionais de Joinville (Presídio e Penitenciária), não adequam-se ao previsto na legislação para o regime semiaberto (atual regime do Paciente), assim requer-se revogar a decisão do Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina e restaurando-se a decisão do MM Juiz de primeiro grau, mantendo a prisão domiciliar outrora deferida até o julgamento do mérito do presente *writ*".

Ao final, requer que seja concedida a ordem, de oficio, cassando-se em definitivo a decisão do TJSC, para que agora seja restabelecida a prisão domiciliar em definitivo ao paciente.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 142/144).

O Ministério Público Federal opina "pelo não conhecimento da ordem ou, no mérito, pela sua denegação" (e-STJ fls. 149/157).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o

instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).*
>
> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.*

> *TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.*
>
> *1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).*

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Sobre a matéria debatida nos autos, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.710.674/MG, no rito dos recursos repetitivos (Tema 993), de minha relatoria, assentou a tese de que "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."

Na mesma linha, colaciono, a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO. SAÍDA ANTECIPADA. PRISÃO DOMICILIAR. ALEGADA AUSÊNCIA DE VAGAS EM LOCAL ADEQUADO. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS ORIENTAÇÕES DA SÚMULA VINCULANTE N. 56/STF, DO RE N. 641.320/STF E DO RESP N. 1.710.674/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *I - Nos termos do artigo 159, inciso IV, do RISTJ, não se admite sustentação oral no julgamento do agravo regimental, razão pela qual se afigura improcedente o pleito de intimação da Defesa para a respectiva sessão. Precedentes.*
>
> *II - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão impugnada por seus próprios fundamentos.*
>
> *III - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.710.674/MG, no rito dos recursos repetitivos (Tema 993), Relator o insigne Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assentou a tese de que "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." IV - Verifica-se, no presente caso, que a orientação referente à saída de outro*

sentenciado, para abertura de vaga, não foi observada pelo Juízo da Execução Penal, o que implica dizer que não foi atendida a orientação da Súmula Vinculante n. 56/STF e dos parâmetros fixados pelo col. Supremo Tribunal Federal no RE 641.230 e por este Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.710.674/MG.

V - O eg. Tribunal a quo considerou, ainda, que não restou comprovado que o paciente se encontrava em local inadequado para o cumprimento da pena no regime semiaberto, pois permanecia em ala própria, separada dos detentos do regime fechado, e, ainda, gozava dos direitos inerentes ao regime intermediário, como trabalho externo e saída temporária.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 493.643/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA. PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. CUMPRIMENTO EM PRESÍDIO ADEQUADO AO REGIME INTERMEDIÁRIO. GOZO DE BENEFÍCIOS INERENTES AO SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 117, III, DA LEP. ALEGADA NECESSIDADE DE PRESTAR CUIDADOS À FILHA MENOR. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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". 2. 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. 3. No caso, o Tribunal de origem entendeu que não há razões suficientes para a excepcional colocação da reeducanda em prisão domiciliar, pois, o Presídio Regional de Itajaí/SC se enquadra na condição de "estabelecimento prisional similar" e possui ala específica para as detentas do regime semiaberto.

4. Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por prisão domiciliar, cumpre destacar que a Lei nº 13.257 de 2016, no qual o impetrante baseia o seu pedido, diz respeito tão somente aos casos de prisão preventiva, situação não verificada nos autos.

5. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "a melhor exegese do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016). 6. Consoante informações prestadas pelo Tribunal de origem, "não ficou demonstrado nos autos que a agravante é a única pessoa capaz de cuidar da filha de 10 (dez) anos e de sua genitora que enfrenta problemas de saúde ou que a sua presença no convívio da menor seja indispensável a ponto de ter concedida a benesse da prisão domiciliar, a qual frisa-se, é medida excepcional". Assim, inexistindo excepcionalidade comprovada nos autos demonstrando a necessidade de prisão domiciliar, a alteração desse entendimento demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório, o que seria inviável na via estreita do writ.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 459.788/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORNOGRAFIA INFANTIL. CONDENAÇÃO. REGIME SEMIABERTO DIFERENCIADO. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. IMPOSSIBILIDADE. RECOLHIMENTO AO

ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. EXPRESSA IMPOSIÇÃO LEGAL. OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS TRAÇADOS NO RE 641.320/RS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.710.674/MG, firmou a tese de que a inexistência de vaga em estabelecimento prisional adequado não autoriza a imediata liberação do apenado para a prisão domiciliar, sendo imprescindível que tal medida seja precedida de outras providências, tais como a saída antecipada de outros sentenciados no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de ingressar no regime.

2. Mostra-se inadequada a medida adotada pelo Tribunal de origem que, no próprio acórdão condenatório, deferiu ao Recorrido o cumprimento da pena mediante monitoramente eletrônico, sem que sequer o Juízo das Execuções Penais pudesse analisar no caso concreto a medida mais adequada ante a realidade carcerário da unidade federativa.

3. A simples colocação do Paciente em cumprimento de pena mediante monitoramente eletrônico, nos termos do denominado "regime semiaberto diferenciado", frustra o adequado cumprimento do regime semiaberto legalmente previsto, o qual exige o recolhimento do sentenciado à colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similiar, nos termos do art. 35, § 2º, do Código Penal e do art. 91 da Lei de Execução Penal.

4. Recurso especial PROVIDO para determinar que o Recorrido cumpra a pena imposta no regime semiaberto regular, podendo o Juízo das Execuções Penais adotar as providências estabelecidas no RE n. 641.320/RS, caso necessário.

(REsp 1744768/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/02/2019)

Verifica-se, na hipótese vertente, que a orientação referente à saída de outro sentenciado, para abertura de vaga, não foi observada pelo Juízo da Execução Penal, tendo o Tribunal *a quo* se limitado a cassar a prisão domiciliar deferida ao apenado, sem determinar expressamente a saída antecipada de outro condenado que cumpre pena no regime semiaberto com menor saldo a cumprir, o que implica dizer que não foi atendida a orientação da Súmula Vinculante n. 56/STF, bem como dos parâmetros fixados pelo col. Supremo Tribunal Federal no RE 641.230 e por este Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.710.674/MG.

Existência, portanto, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão de ordem de ofício.

Ante o exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para determinar que o Juízo executório adote as diretrizes estabelecidas no RE n. 641.320/RS, deferindo a saída antecipada de outro sentenciado no regime semiaberto com menor saldo de pena a cumprir, com abertura, assim, de vaga no referido regime para o ora paciente; concedendo-se a prisão domiciliar eletronicamente monitorada ao apenado que sairá antecipadamente.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator