

**HABEAS CORPUS Nº 545.066 - RS (2019/0337889-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**ADVOGADOS** : FABIO DA COSTA NERY - RS046013  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : GABRIEL MOREIRA MACHADO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GABRIEL MOREIRA MACHADO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais concedeu ao paciente o regime semiaberto e, diante da falta de vagas, determinou a sua inclusão no programa de monitoramento eletrônico.

Inconformado, o *Parquet* interpôs agravo em execução perante a Corte estadual. O Tribunal, então, por maioria, deu provimento ao recurso para determinar o imediato recolhimento do apenado ao regime intermediário (e-STJ fl. 106):

*AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. PROGRESSÃO DE REGIME E CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO. IMPOSSIBILIDADE.*

*Não se coaduna com os parâmetros fixados no RE 641.320/RS, a decisão que, concomitantemente, concede ao apenado a progressão ao regime semiaberto e a colocação em prisão domiciliar.*

*Segundo tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos (tema 993), no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia (REsp n. 1.710.674/MG), a concessão da prisão domiciliar por*

*falta de vagas pressupõe anterior adoção das providências estabelecidas no RE 641.320/RS, o que não ocorreu na hipótese vertente. Decisão reformada.*

**AGRAVO PROVIDO, POR MAIORIA.**

A defesa, irresignada, opôs embargos infringentes, os quais foram desacolhidos, conforme seguinte ementa (e-STJ fls. 176/177):

**EMBARGOS INFRINGENTES.**

**DISCUSSÃO ACERCA DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR A APENADO, QUE CUMPRIA PENA EM REGIME FECHADO, SENDO AUTORIZADA SUA PROGRESSÃO AO SEMIABERTO E, DE MODO CONCOMITANTE, CONCEDIDA A PRISÃO DOMICILIAR, COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO, EM FACE DA AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O REGIME A QUE FORA REDIRECIONADO O APENADO.**

**NÃO PROSPERA A PRETENSÃO DO EMBARGANTE.**

*Lanço mão do voto preponderante, que entendeu o decisum desobedeceu decisão vinculativa do egrégio STJ, mostrando-se, também, carente de fundamentação.*

*Mostra-se necessário, portanto, que de forma prévia à colocação dos apenados em prisão domiciliar, sejam observados os parâmetros previstos no Recurso Extraordinário n. 641.320. do STF o que não se constatou tenha ocorrido no caso em tela, no que faço adesão à maioria.*

**EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. POR MAIORIA.**

Nesta oportunidade, a Defensoria Pública sustenta ilegalidade no acórdão coator, que determinou o retorno do paciente ao regime semiaberto, tendo em vista que os estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento de pena em regime intermediário e aberto não apresentam condições mínimas de segurança, dignidade e ressocialização, de forma que não é razoável exigir que o apenado submeta sua vida e integridade física a riscos que o Estado não pode evitar.

Argumenta que a falta de estabelecimento penal compatível com a sentença não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

Dessa forma, pede, em liminar e no mérito, a cassação do acórdão proferido pelo Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 168/171).

O Ministério Público Federal opina "pelo não conhecimento do *writ*" (e-STJ fls. 177/180).

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, confirmam-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 alinham-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 monitoramento 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 monitoramento 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 similar, 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 determinação referente à saída antecipada de outro sentenciado, para abertura de vaga ao ora paciente no regime semiaberto, foi observada pela Corte de origem, o que implica dizer que 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.

Inexistência, portanto, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, **nego seguimento** ao *habeas corpus*.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator