

HABEAS CORPUS Nº 533.962 - RS (2019/0278555-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : CÍNTIA LUZZATTO - RS054216
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : PERI BIRON (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de PERI BIRON contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos do Agravo em Execução n. 0045180-68.2019.8.21.7000.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, tendo iniciado o seu cumprimento no regime semiaberto em 21.7.2016 e progredido para o regime aberto em 21.11.2018.

Por decisão do Juízo da execução, foi deferido ao paciente o direito de cumprir o restante da pena em prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico, tendo em vista a ausência de vaga em estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em regime aberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante à Corte de origem, a qual deu provimento à irresignação, determinando ao órgão da execução, quando do deferimento do benefício de prisão domiciliar, privilegiar apenados a mais tempo inseridos na modalidade intermediária de cumprimento da pena e/ou mais próximos da obtenção de progressão de regime.

Os embargos infringentes e de nulidade não foram acolhidos.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal em razão da manutenção do paciente em regime mais gravoso do que o que faz jus por ausência de vaga no modo aberto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56 do STF.

Assevera que a falta de estrutura do sistema carcerário não pode justificar a violação dos direitos do apenado, o qual não pode continuar a cumprir sua pena em regime inadequado.

Defende que nos critérios estabelecidos no julgamento do RE n. 641.320/RS não há qualquer ressalva com relação ao saldo de pena a cumprir ou ao delito praticado, sendo certo que estando no regime aberto, mostra-se vedada a manutenção do paciente em penitenciária.

Aduz que o magistrado de origem, bem fundamentou sua decisão ao analisar a situação do apenado e constatar o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo necessários à progressão do regime e inclusão do paciente no monitoramento eletrônico diante da falta de vagas no regime aberto.

Superior Tribunal de Justiça

Ao final, requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional, para que seja restabelecida a decisão do Juízo da execução, que deferiu ao reeducando a prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 186/187).

Informações foram prestadas (e-STJ fls. 191/231 e 232-267).

O Ministério Público Federal ofertou parecer pela concessão da ordem (e-STJ fls. 283/287).

É o relatório.

Cumpre pontuar, inicialmente, que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Passa-se à análise do constrangimento ilegal alegado.

No caso dos autos, a impetrante pede o restabelecimento da decisão de primeiro grau, que determinou a inclusão do paciente no sistema de monitoramento eletrônico, proferida nos seguintes termos:

"O apenado, in casu, é do regime aberto, já cumpriu um sexto da pena, a sanção não é oriunda de conversão de pena restritiva de direitos substitutiva não cumprida e não registra falta grave no último ano.

Outrossim, inexistente na Comarca estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena na situação atual, qual seja, em regime aberto, ainda que o apenado não se enquadre em nenhuma das hipóteses do artigo 117 da LEP.

Na Comarca de Ijuí, no antigo Presídio Estadual de Ijuí, que teve seu nome alterado para Albergue Estadual de Ijuí, e mais recentemente Whstltuto Penal de Ijuí, ficam recolhidos os presos dos regimes semiaberto e aberto.

Inexiste, portanto, na Comarca, Casa de Albergado nos exatos termos do que estabelece a LEP e o Código Penal. Este último, cito, no seu art. 33, §1º, "c", determina que a pena privativa de liberdade a ser executada no regime aberto será cumprida em "casa de albergado" ou "estabelecimento adequado", sendo tal regime baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, caput, do CP), devendo, "fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga"

(§1º do art. 36 do CP). Já a LEP prevê que a Casa do Albergado deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (art. 94), contendo, ainda, local adequado para cursos e palestras. Há, isso sim, um prédio físico que das condições previstas nos artigos 93 e seguintes da LEP atende apenas a de se situar em centro urbano, na medida em que se trata do antigo presídio, com obstáculos à fuga e onde ficam recolhidos, sem qualquer separação ou diferenciação na forma de cumprimento, apenados dos regimes semiaberto e aberto.

Portanto, sequer o que estabelece no artigo 94 da LEP está sendo observado (O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga).

Não atendendo a tal, pode ser qualquer outra casa prisional, mas não casa de albergado.

Na doutrina, MIRABETE leciona: "A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. A denominação de Casa do Albergado (ou seja, prisão albergue), para designar o estabelecimento destinado ao condenado em regime aberto, é uma expressão feliz porque se refere a uma simples prisão noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra a fuga. A segurança, em tal estabelecimento, resume-se ao senso de responsabilidade do condenado" (in "Execução Penal", 12ª ed., Atlas, 2014, p. 287).

Outrossim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 641320, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida, asentou que a falta de estabelecimento penal compatível com a sentença não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, quer dizer, o condenado deve cumprir a pena em regime menos gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas em regime originariamente estabelecido. E a Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal adota o entendimento esposado.

[...]

Atacando a questão por outro norte, algumas Câmaras do Tribunal de Justiça vêm decidindo pela concessão da prisão domiciliar em regime aberto desde que o apenado

seja incluído no sistema de monitoramento eletrônico por meio de tornozeleiras, as quais indicam o caminho percorrido pelo preso em determinada região, facilitando um maior controle pelos órgãos de fiscalização e, ao fim, implicando em uma fiscalização (ainda que mínima) pelos órgãos Estatais do cumprimento da prisão domiciliar.

[...]

Em consonância com este entendimento, considero que a concessão de prisão domiciliar pode perfeitamente ser adotada desde que condicionada à colocação de tornozeleiras eletrônicas, o que proporciona uma fiscalização dos apenados e acompanhamento do cumprimento das condições resultando, assim, em controle quanto a eventuais descumprimentos, onde o citado mecanismo inclusive contribui para inibir a eventual prática de ilícitos. Em outras palavras, o emprego da tornozeleira implica, além da questão da fiscalização imediata quanto ao cumprimento das condições, maior problema no meu sentir da prisão domiciliar, também no caráter punitivo/preventivo da jurisdição penal, pois o apenado tem ciência de que, mesmo beneficiado pela benesse da prisão domiciliar, está sendo monitorado de forma efetiva na restrição à sua liberdade, inerente a quem ainda se encontra cumprindo pena corporal.

Importante registrar a superlotação carcerária do Instituto Penal de Ijuí, uma vez que possui capacidade de engenharia projetada para 54 presos, abrigando atualmente 144 apenados, sendo que a concessão da prisão domiciliar aos apenados amenizaria substancialmente esta questão.

No ponto, registro o ofício 033/018 recebido da Administração do IPI no mês de abril de 2018 indicando a superlotação da casa, na ocasião com 190% a mais de apenados do que sua capacidade de engenharia, com celas com problemas acomodações e a nova situação, do problema de esgoto. Situação que restou confirmada em vistoria recentemente realizada por este Signatário na citada casa prisional.

Assim, diante da situação vivenciada no Instituto Penal defiro a prisão domiciliar com a inclusão do apenado no Programa de Monitoramento Eletrônico de Presos, instituído pelo convênio firmado pelo Poder Judiciário (CGJ) e Executivo (SSP-SUSEPE), devendo o apenado cumprir as seguintes condições, sob pena de revogação da

medida:

[...] (e-STJ fls. 236/244)

A Corte de origem, por sua vez, entendeu que o caso não configura hipótese de concessão da prisão domiciliar ao paciente, consignando, a saber:

"A existência de comando sumular afirmando a impossibilidade de manutenção de um apenado em regime mais severo não afasta a necessidade de preservação da individualização da pena, princípio que, conforme bem destacado no HC 82959, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, que reconheceu a inconstitucionalidade de imposição do regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos, subsiste no âmbito da execução penal.

Necessário que se proceda, assim, a despeito da ausência de vagas para o recolhimento de todos os apenados do regime aberto e semiaberto, triagem daqueles a que se concede o benefício da sanção domiciliar. E, nesse campo, a efetivação do beneplácito, que em última esfera alarga, por medida de política criminal, o comando do artigo 117 da Lei de Execução Penal, deve observar o saldo de pena a cumprir do apenado, sua proximidade ou não de nova progressão, bem como a natureza da infração pela qual cumpre pena.

A escolha de quais reeducandos devem ou não ser agraciados com o benefício não pode ser aleatória, sem a observância do princípio da individualização, sob pena de se conflitar real injustiça na execução, com a permanência de apenados mais próximos de encerrarem a execução de suas penas, por vezes relativas a fatos sem violência à pessoa e não hediondos, em situação de privação de liberdade, ao passo que outros apenados, com maior saldo a cumprir, oriundos de condenações por fatos mais graves, são postos em liberdade.

Inclusive, dada a imprescindibilidade de observância de critérios isonômicos entre os presos para a concessão dos benefícios afirmados pela Corte Suprema, a tarefa de criação de um "Cadastro Nacional de Presos" já foi determinada, delegada ao Conselho Nacional de Justiça.

A ausência deste cadastro neste momento, entretanto, não determina que se aplique irrestrita mente a medida sumular, devendo-se proceder a uma avaliação casuística, com a intenção de se manter, dentro do possível, um critério mais Justo de liberação dos apenados privados de

liberdade.

O primeiro aspecto é que se deve priorizar o indivíduo que já se encontra cumprimento pena no regime para o qual se observa a ausência de vagas, não sendo adequado, penso, a outorga direta do benefício para apenado recém beneficiado com a progressão para o regime semiaberto. Isto tudo para que se preserve, em primeira e em última instância, o sistema progressivo vigente em nosso sistema. Nesse sentido, vê-se que o agravado foi condenado a uma pena de 07 anos de reclusão, pela prática de atentado violento ao pudor, tendo iniciado o cumprimento de sua sanção 21/07/2016, beneficiado com a progressão para o regime aberto em 21/11/2018, faltando largo período para o livramento (previsto para 03/10/2020).

Em conclusão, tenho que a situação posta em exame não se alinha aos parâmetros fixados no RE 641.320/RS, devendo o órgão da execução privilegiar, quando do deferimento do benefício da domiciliar, apenados a mais tempo Inseridos na modalidade intermediária de cumprimento da pena e/ou mais próximos da obtenção de progressão ao regime aberto." (e-STJ fls. 124/125)

Da análise dos autos, constata-se que, embora o Juízo de origem tenha mencionado o teor da Súmula Vinculante n. 56, não observou a contento os parâmetros fixados no RE n. 641.320/RS, visto que concedeu a prisão domiciliar como primeira opção, deixando de adotar as medidas tendentes a evitar *prejuízo aos executados que já estariam, há mais tempo, cumprindo pena em determinado regime e que devem ser beneficiados, prioritariamente, com a saída antecipada* (HC 500.915/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019).

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.710.674/MG pela Terceira Seção, assentou **a inviabilidade de se conceder a prisão domiciliar, como primeira opção, sem a prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS.**

Decidiu a Corte Superior, a quem cumpre a interpretação da lei federal no país, por decisão unânime, 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 (REsp 1710674/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 03/09/2018).

Seguindo essa linha de entendimento:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PACIENTE QUE OBTVEU A PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR, COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME IMPOSTO. APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO DO STF ADOTADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 641320/RS). ADOÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS ANTES DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que, em caso de falta de vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena, ou, ainda, de sua precariedade ou superlotação, deve-se conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vagas.

3. 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".

4. 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.

5. Dessa forma, consoante entendimento do STF, a prisão domiciliar não pode ser a primeira opção, devendo-se antes adotar as outras medidas acima propostas, a fim de se evitar prejuízo aos executados que já estariam, há mais tempo, cumprindo pena em determinado regime e que devem ser beneficiados, prioritariamente, com a saída antecipada.

6. Habeas corpus não conhecido, com determinação, de ofício, ao Juízo da Execução, caso persista a ausência de vagas no regime intermediário, para que promova a saída do apenado com menor saldo de pena a cumprir no regime semiaberto, dando vaga ao paciente.

(HC 500.915/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019, grifou-se)

Em situações como a retratada no presente feito, antes de autorizar, como primeira opção, a prisão domiciliar, deve-se proceder a prévia observância dos parâmetros traçados no RE n. 641.320/RS.

Não há falar, portanto, em constrangimento ilegal hábil à concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator