

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 121.224 - SC (2019/0355786-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MAIARA FERNANDA SOARES (PRESO)
ADVOGADO : JOÃO DAVID DE BORBA - SC028333
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto em benefício de MAIARA FERNANDA SOARES contra decisão monocrática proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (HC n. 4031147-69.2019.8.24.0000).

Consta dos autos que a paciente estava cumprindo pena no regime aberto quando adveio decisão de apelação interposta pelo *Parquet*, majorando sua pena e determinando o regime fechado para início de resgate da sanção.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte estadual, aduzindo que a paciente tem 2 filhos menores de 12 anos, requerendo, com isso, que ela continue no regime mais brando ou no domiciliar. Entretanto, o Desembargador Relator não conheceu da impetração (e-STJ fls. 1178 e 1179).

No presente recurso, a defesa alega que a paciente já está no regime aberto há mais de um ano, trabalha de forma lícita e vem cumprindo o regime sob bom comportamento, além de ter dois filhos menores sob sua guarda, não podendo retornar à prisão apenas pelo aumento de pena em um ano, por um delito que sequer teve violência ou grave ameaça.

Sustenta que o Tribunal coator deveria ter conhecido a impetração originária, porque trata-se de direito ligado a liberdade de locomoção da pessoa.

Ressalta que a condenação tem um caráter pedagógico e ressocializador.

Aponta o HC coletivo 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, gestantes ou mães com filhos até 12 anos.

Com base no exposto, pretende, em liminar e no mérito, que seja mantido o regime aberto em favor da paciente, ou que seja concedida a ela a prisão domiciliar.

É o relatório. **Decido.**

As disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, ou a contrária (AgRg no HC 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018; e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental* (AgRg no HC n. 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet* que, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC n. 324.401/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, para conferir maior celeridade aos *habeas corpus* e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do *Parquet* em casos de jurisprudência pacífica (AgRg no HC n. 514.048/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Ocorre que o tema não chegou a ser apreciado pelo Tribunal estadual, ensejando, em princípio, o não conhecimento da questão diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. A propósito, confira-se o seguinte julgado desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

[...] Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

No entanto, uma vez verificada hipótese de flagrante ilegalidade, de rigor a análise de ofício, como forma de cessar o constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. (...). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 6/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 6/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. [...] (HC 218.537/SP Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13/8/2013).

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal estadual limitou-se ao não conhecimento do writ, porque o *decisum* já havia transitado em julgado, sendo que o pedido formulado deve ser requerido no procedimento apropriado, eis que "a manutenção da prisão do paciente não mais decorre de decretação de sua custódia preventiva, tampouco de execução provisória da pena, mas de sentença condenatória transitada em julgado (e-STJ fl. 1179).

Todavia, embora tecnicamente correta a decisão, nos moldes da orientação do STJ e do STF, é indispensável que se afaste por completo a existência de flagrante constrangimento ilegal, sob pena de ofensa ao art. 5º, LXVIII, da CF: *conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*

Como se pode ver, o *habeas corpus*, por ser uma garantia constitucional de defesa da liberdade, deve abarcar várias situações em que este valor estiver sendo ameaçado, ainda que de forma indireta.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. NÃO COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE SAÚDE E DE AUSÊNCIA DE TRATAMENTO ADEQUADO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, insculpida no art. 5º, LXVIII, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante e estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo.

2. Tendo a decisão de primeiro grau consignado que não há notícia de que o paciente não estaria recebendo o tratamento adequado no estabelecimento prisional em que se encontra, bem como que não foi comprovado o seu estado de saúde, não resta configurada flagrante ilegalidade a ser corrigida na presente via.

3. Cabe à defesa instruir os autos com documentos necessários à comprovação da impossibilidade de o apenado ser tratado no cárcere - pela suposta falta de estrutura - e do atual estado de saúde do preso, requisitos reconhecidamente idôneos para o deferimento da prisão domiciliar.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 295.993/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014)

Assim, sendo caso de flagrante ilegalidade, passo ao exame da insurgência.

Os arts. 674 do CPP e 105 da LEP prevêm, expressamente, que após o trânsito em julgado dos autos, a guia executória deve ser logo expedida. Nesse sentido, para uma melhor observação, ora transcrevo ambas as disposições legais:

Lei de Execuções Penais:

Art. 105. 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.

Lei Processual Penal:

Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

No caso, conforme o próprio Tribunal informou, o processo transitou em julgado no dia 26/3/2019 (e-STJ fls. 1179), sendo imperativo a expedição de guia de execução definitiva.

Na dicção das decisões mais recentes do STF, a expedição da guia de recolhimento e seu encaminhamento ao juízo de execução não podem ser condicionados à prévia prisão do paciente.

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, forçoso concluir que não será possível a apreciação do seu pleito até que a referida guia chegue ao conhecimento da autoridade competente.

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*.

Nesse sentido, transcrevo recente julgado da relatoria do eminente Ministro Fachin:

[...] 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. 5º, 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. [...]

(HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017).

De igual forma:

**AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL.
CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE**

VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PEDIDO DE RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A, CP - LEI 13.718/2018). PEDIDO QUE NÃO SE ENQUADRA NOS INCISOS DO ART. 621 DO CPP. APLICAÇÃO DE NOVATIO LEGIS IN MELLIUS: COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ART. 66 DA LEP. SÚM. 611/STF. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA CONCEDER HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REFORMAR DECISÃO DE SEUS PRÓPRIOS ÓRGÃO JULGADORES.

1. A aplicação de lei penal mais benigna a condenação já transitada em julgado não constitui uma das hipóteses de cabimento da revisão criminal prevista no art. 621 do CPP. 2. Compete ao juízo das execuções a aplicação de lei penal mais benigna quando transitada em julgado a sentença condenatória, nos termos da Súmula n. 611 do STF e do artigo 66, I, da Lei de Execuções Penais. Precedentes: AgRg no AREsp 1.356.421/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 14/12/2018; HC 292.155/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 17/11/2014; EDcl no AgRg no HC 278.698/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 03/05/2016; AgRg no HC 391.901/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 24/08/2018; RvC 5010/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, TRIBUNAL PLENO, DJ 14/12/01.

3. É inviável o conhecimento da revisão criminal como habeas corpus ante a impossibilidade de concessão de habeas corpus de ofício por qualquer órgão julgador desta Corte contra atos dos próprios membros do STJ, diante da expressa previsão constitucional que atribui a competência, nesses casos, ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte.

4. Ainda que, de regra, o fato de o apenado estar em lugar incerto e não sabido inviabilize o início da execução (arts. 674 do CPP e 105 da LEP), impedindo a inauguração da competência do Juízo da execução para apreciar o pedido de aplicação de novatio legis in mellius, na realidade, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o prévio recolhimento à prisão pode configurar condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, sendo devida, excepcionalmente, a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão.

Precedentes do STF: HC-119.153/STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 6/6/2014; HC 150.556/SP,

Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 24/11/2017; HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017 e do STJ: HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017; AgInt no AREsp 445.578/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018 e HC 312.561/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 13/06/2016. Logo, nada impede o condenado de requerer ao juízo da condenação a expedição da guia de execução para fins de exame da pretendida novatio legis in mellius, independentemente do cumprimento do mandado de prisão.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na RvCr 4.969/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019).

Ante o exposto, **dou provimento em parte ao presente recurso ordinário em *habeas corpus***, para, independentemente dos efeitos do mandado de prisão expedido, determinar a formação, expedição e encaminhamento da guia de execução definitiva, de modo que a defesa possa formular perante o Juízo das Execuções Criminais os pedidos que entender pertinentes.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Sem recurso, devolvam-se os autos à origem.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator