

HABEAS CORPUS Nº 555.110 - MG (2019/0385797-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : OSCAR FERNANDES VIEIRA GONCALVES
ADVOGADO : OSCAR FERNANDES VIEIRA GONCALVES - MG158588
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : VANDERLUCIO SOARES DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **VANDERLUCIO SOARES DA CUNHA** em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC 1.0000.19.153647-3/000).

Extrai-se dos autos que o paciente iniciou o cumprimento da pena de 16 anos de reclusão no regime inicialmente fechado.

Em maio de 2019, teve deferido pelo Juízo da execução a progressão ao regime semiaberto, com direito às saídas temporárias e trabalho externo.

Negado pedido de detração, o paciente interpôs agravo em execução, pendente de julgamento.

Após o julgamento da apelação da acusação, teve a pena exasperada para 18 anos e 8 meses de reclusão, tendo o Juízo da execução penal revogado a decisão que concedera a progressão ao regime semiaberto.

A defesa interpôs *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA: HABEAS CORPUS – MATÉRIA DE EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE ANÁLISE – CONHECIMENTO NECESSÁRIO. É possível a veiculação de matéria afeta à execução em habeas corpus, já que o ordenamento jurídico autoriza o manejo da ação constitucional sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer constrangimento ilegal a sua liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da CF e art. 647 do CPP), com exceção somente aos casos de punição disciplinar (art. 647 do CPP). V.V. O habeas corpus não é meio próprio para discutir matéria de execução, conforme Súmula 50 deste Eg. TJMG, existindo recurso próprio para tanto (art. 197 da LEP).

Neste *writ*, o impetrante requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, a manutenção do regime semiaberto e saída para trabalho externo.

Aduz que é necessário que se esgote todas as fases recursais para que se possa efetivar a decisão da apelação que majorou a pena, já que houve a interposição de recurso extraordinário.

Pleiteia o desentranhamento de certidão proferida nos autos. Alega que a execução provisória da pena somente pode se dar quando houver sido decretada a prisão preventiva nos moldes do art. 312 do CPP.

Sustenta ofensa à Lei de abuso de autoridade, na medida que houve

privação do reeducando de usufruir de seus benefícios já alcançados em sede de progressão de regime.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 84).

Prestadas as informações (e-STJ, fls.87-104 e 117-129), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da impetração e, caso assim não se entenda, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 107-111).

Às fls. 133-140 (e-STJ), o impetrante apresenta pedido de nova análise da liminar, em razão da pandemia do COVID-19.

É o relatório.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça 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.

Passo ao exame da impetração, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Quanto ao pleito de manutenção do regime semiaberto concedido antes do provimento da apelação da acusação que majorou a pena do paciente, o Tribunal de origem assim decidiu:

"O paciente sustenta a necessidade do trânsito em julgado do acórdão, que aumentou a pena aplicada, para que seja utilizado para fins de cálculo de benefícios da execução. Desta forma, pugna pela manutenção do regime semiaberto alcançado com base na pena de 16 (dezesesseis) anos imposta na sentença condenatória e pela expedição de alvará de soltura.

Todavia, sem razão.

A Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal autoriza a concessão de benefícios da execução aos presos provisórios, sem a necessidade do trânsito em julgado da condenação, com a utilização do quantum fixado na sentença condenatória como parâmetro.

Todavia, caso sobrevenha acórdão que altera a pena aplicada, seja para diminuir o quantum seja para aumentá-lo, este será o novo parâmetro para o cálculo dos benefícios da execução.

No caso em exame, o paciente cumpre pena provisória pelo crime de homicídio qualificado. Na sentença primeva foi fixada a pena em 16 (dezesesseis) anos de reclusão, reprimenda alterada em sede de apelação para 18 (dezoito) anos e 08 (oito meses) de reclusão.

Conforme consulta ao sistema SEEU (seq. 399.1), o juízo a quo determinou a retificação do atestado de pena devido à superveniência do acórdão e, com base na reprimenda fixada, regrediu o paciente de regime. A magistrada ainda esclareceu que o requisito objetivo para a concessão do regime semiaberto somente será alcançado na data de 01/02/2024. Assim, a manutenção do encarceramento do sentenciado no regime fechado se deve à necessidade de regular prosseguimento de sua execução penal, com a regressão do seu regime e retirada dos benefícios concedidos" (e-STJ, fls. 21-22).

Verifica-se dos autos que, na hipótese, a execução provisória da pena iniciou-se antes do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade n.s 43, 44 e 45 pelo Supremo Tribunal Federal, sendo possível há época, na medida em que, mesmo havendo interposição de recursos extraordinários, estes não possuem efeito suspensivo.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, considerando tal aspecto, esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que o processo de execução criminal provisória pode ser formado ainda que haja recurso de apelação interposto pelo Ministério Público pendente de julgamento, não sendo este óbice à obtenção de benefícios provisórios na execução da pena.

Este entendimento encontra-se sedimentado pelo enunciado da Súmula n. 716 do Supremo Tribunal Federal:

"Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória."

Nesse sentido:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CARTA DE RECOLHIMENTO PROVISÓRIO. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. CONDENAÇÃO. GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NÃO EXPEDIÇÃO PELO JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 716 DO STF. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Em que pese o colegiado do Tribunal de origem não ter examinado a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior.

Precedentes.

2. Nos termos da Súmula n. 716 do Supremo Tribunal Federal, é possível a concessão de benefícios da execução penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ainda que exista recurso da acusação pendente de julgamento.

3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para confirmar a liminar que determinou a expedição da guia de execução provisória da reprimenda."

(HC 238.273/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 716/STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos casos de execução provisória da pena, é imprescindível, após a prolação da sentença condenatória e em conformidade com a Resolução 19/2006 do CNJ, a expedição de guia de recolhimento provisório, a ser remetida ao Juízo da Execução Criminal para que seja formado o Processo de Execução Criminal (PEC) provisória.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o

Processo de Execução Criminal provisória pode ser formado ainda que haja recurso de apelação interposto pelo Ministério Público pendente de julgamento, não sendo este óbice à obtenção de benefícios provisórios na execução da pena.

3. 'Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória' (Súmula 716 do STF).

4. Ordem concedida a fim de permitir a execução provisória da pena do paciente, devendo ser expedida a respectiva guia de recolhimento provisório."

(HC 160.354/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011.)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A pendência de julgamento do recurso de apelação não obsta a obtenção de benefícios na execução da pena, à teor do que dispõe o Enunciado 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: 'admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória'.

2. Diante da superveniência do provimento do recurso de apelação da acusação, não há como, tão-somente, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que deferiu o pedido de livramento condicional, diante da necessidade de nova análise do preenchimento dos seus requisitos autorizadores.

3. Ordem parcialmente concedida para, diante da possibilidade de execução provisória da pena, determinar ao MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo que aprecie a possibilidade de concessão do benefício do livramento condicional, levando-se em consideração o aumento da pena efetivado pelo Tribunal paulista, em sede de apelação do Ministério Público.

(HC 104.663/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008.)

Dessa forma, diante da superveniência do provimento da apelação da acusação com o consequente aumento de pena, o Juízo da execução determinou a retificação do atestado de sanção, esclarecendo, ainda, que o requisito objetivo para a concessão do regime semiaberto somente será alcançado em 1º/2/2024.

Ademais, observa-se que o último recurso de embargos de declaração nos EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.169.089/MG examinado pelo Supremo Tribunal Federal, não foi conhecido, determinando-se a certificação do trânsito em julgado e a consequente baixa imediata dos autos, independentemente da publicação do acórdão, em 13/3/2020.

Em relação às demais matérias trazidas pela defesa, verifica-se que não foram objeto de cognição pelo Tribunal de origem e, o pleito pertinente à pandemia

causada pelo COVID-19, sequer foi examinado pelo Juízo das Execuções – autoridade a quem cabe a análise de tal questão –, o que torna inviável o exame nesta sede, sob pena de incidir em indevida supressão de instância, conforme reiterada jurisprudência desta Corte.

Nesse diapasão:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PRETENSÃO DE NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES À SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU E DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A matéria debatida neste *writ* - nulidade dos atos posteriores à sentença por ausência de intimação do réu e do seu defensor constituído nos autos da sentença condenatória -, ainda que de ordem pública, não foi, em nenhum momento, objeto de exame pelas instâncias ordinárias, até porque nem sequer foi abordada na apelação interposta pela Defensoria Pública, razão pela qual não pode ser originariamente conhecida no âmbito desta Corte Superior de Justiça (art. 105, II, 'a', da Constituição Federal), sob pena de indevida supressão de instância.

2. É cabível a análise, em *habeas corpus*, da questão suscitada perante a Corte estadual e aqui reiterada, qual seja, a almejada intimação pessoal da sentença condenatória (ou na pessoa do seu defensor, caso solto o réu), visto que essa matéria não requer análise de controvérsia factual nem demanda produção de provas.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 71.499/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 9/10/2015, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA, NULIDADE DAS PROVAS E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DAS INFRAÇÕES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da aventada

nulidade das provas produzidas, do alegado excesso de prazo para a custódia cautelar, bem como da desnecessidade da constrição em razão da classificação equivocada da conduta imputada ao paciente - uma vez que este seria mero usuário de drogas -, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

3. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária para a preservação da ordem pública, dada a gravidade das condutas incriminadas e o risco efetivo de perpetuação das atividades de traficância.

4. A variedade, a quantidade de porções e a natureza altamente lesiva de um dos estupefacientes capturados, somadas à forma de acondicionamento do referido material tóxico, bem como às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - na companhia de um menor e em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes -, são fatores que indicam a periculosidade efetiva do envolvido e a potencialidade lesiva do crime perpetrado, autorizando a preventiva.

5. Condições pessoais favoráveis não teriam o condão de ensejar a revogação da prisão antecipada, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade do enclausuramento.

6. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 318.623/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/5/2015, DJe 28/5/2015, grifou-se).

Finalmente, registro que o Supremo Tribunal Federal, pela voz do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, em decisão recentíssima, conclamou os Juízes a atender pleitos como o presente. Ocorre que o Pleno do STF não chancelou tal orientação. Como se pode ler no próprio sítio eletrônico da Corte (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439697&ori=1>), acerca de pedido do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) para prevenir a propagação do novo coronavírus no sistema de justiça penal e socioeducativo, onde se pleiteara, entre outras coisas, o livramento de presos de mais de 60 anos, e a autorização para que aqueles com HIV, tuberculose, câncer, diabetes e doenças respiratórias, cardíacas e imunodepressoras cumpram prisão domiciliar:

"Em decisão assinada na terça-feira (17), o ministro Marco Aurélio, relator da ação, negou seguimento ao pedido sob o entendimento de que, do ponto de vista formal, o IDDD não é parte legítima (...). Entretanto, o ministro decidiu, de ofício (iniciativa própria), conclamar os juízes de Execução Penal a adotarem junto à população carcerária procedimentos preventivos do Ministério da Saúde para evitar o avanço da doença dentro dos presídios. Essa decisão foi levada a referendo do Plenário na sessão de hoje (18).

Por unanimidade, os ministros acompanharam o entendimento do relator sobre a ilegitimidade de *amicus curiae* para requerer medida cautelar. Porém, **divergiram quanto a recomendação aos juízes de execução penal**. O ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, destacou que, para evitar a disseminação do novo

Superior Tribunal de Justiça

coronavírus nas prisões, o CNJ **recomendou a análise de situações de risco caso a caso**. A divergência foi seguida pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, e Dias Toffoli. O ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator na concessão de ofício das sugestões." (Grifou-se).

Assim, não há se falar em constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem.

Prejudicado o pedido de reconsideração de fls. 133-140 (e-STJ).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de março de 2020.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator