



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.294 - SP (2012/0075804-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : KAIRO MARTINS MACHADO
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIRO MARTINS MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PACIENTE PARAPLÉGICO. PEDIDO DE RECOLHIMENTO EM REGIME DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REAL NECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, 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."*

3. O alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo não foi suscitado na ordem impetrada perante o Tribunal *a quo*, o que impede o conhecimento do *habeas corpus*, nessa parte, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça para apreciar originariamente a matéria (art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988), sob pena de indevida supressão de instância.

4. Não se descarta que esta Corte Superior, em casos excepcionais, tem admitido a prisão domiciliar a condenados portadores de doenças graves, que estejam cumprindo pena em regime fechado, desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento adequado no estabelecimento prisional.

5. No caso, não há prova de que o tratamento de saúde oferecido no estabelecimento prisional ao Paciente é ineficiente e inadequado.

6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.294 - SP (2012/0075804-6)

IMPETRANTE : KAIRO MARTINS MACHADO
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO SOARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIRO MARTINS MACHADO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de KAIRO MARTINS MACHADO, preso em flagrante no dia 10 de setembro de 2011, e denunciado como incurso nos arts. 33 e 35, *caput*, c.c. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao denegar a ordem originária, manteve a custódia cautelar do ora Paciente, em acórdão assim ementado:

"Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão em flagrante. Indeferimento de pedido de liberdade provisória. Fundamentação suficiente. Requisitos da prisão preventiva presentes. Vedação Expressa. Art. 44 da Lei de Drogas. Direito do preso à saúde. Ordem parcialmente concedida, para assegurar a manutenção do tratamento médico ao paciente." (fl. 33)

Sustenta o Impetrante que o Paciente é paraplégico e necessita de cuidados constantes e acompanhamento médico contínuo, que não podem ser disponibilizados na prisão em que se encontra. Defende, ainda, que *"a prisão do mesmo deve ser relaxada, pelo excesso de prazo para a formação da culpa, já que ele não tem dado causa ao atraso do processo"* (fl. 07). Pugna, assim, liminarmente e no mérito, pela concessão de liberdade provisória ou de medidas cautelares diversas da prisão.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 80/81.

As judiciosas informações do Órgão Impetrado foram prestadas às fls. 89/126, com a juntada de peça processual pertinente à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 130/134, opinando *"pela concessão parcial da ordem, para que seja reavaliado o estado de saúde do paciente."*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.294 - SP (2012/0075804-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PACIENTE PARAPLÉGICO. PEDIDO DE RECOLHIMENTO EM REGIME DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REAL NECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, 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.*"

3. O alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo não foi suscitado na ordem impetrada perante o Tribunal *a quo*, o que impede o conhecimento do *habeas corpus*, nessa parte, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça para apreciar originariamente a matéria (art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988), sob pena de indevida supressão de instância.

4. Não se descarta que esta Corte Superior, em casos excepcionais, tem admitido a prisão domiciliar a condenados portadores de doenças graves, que estejam cumprindo pena em regime fechado, desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento adequado no estabelecimento prisional.

5. No caso, não há prova de que o tratamento de saúde oferecido no estabelecimento prisional ao Paciente é ineficiente e inadequado.

6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012.)

Colhe-se do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, o seguinte excerto:

"O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

No mesmo diapasão, foi o julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28/08/2012, perante a Primeira Turma. A Relatora, a Ministra Rosa Weber, ao não admitir o *habeas corpus* "*como substitutivo de recurso no processo penal*", ressaltou que:

"A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal."

Fez também a mesma ponderação acerca dos feitos já ajuizados:

"Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade."

Eis a ementa do julgado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. *A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.*

5. *Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.*

6. *Habeas corpus rejeitado.*" (STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)

No mesmo sentido:

"Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Atentado violento ao pudor praticado com violência presumida – art. 214, c/c art. 223, 'a', do Código Penal. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Inviabilidade da concessão ex officio do writ. Absolvição. reexame de fatos e provas: Inviabilidade da concessão da ordem ex officio. Superveniência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Impossibilidade de convolação do writ em revisão criminal. Aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, com o fito de diminuir a pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva. Tema não examinado no Tribunal a quo. Supressão de instância. Inocorrência, in casu, de concurso de crimes.

1. *A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.*

2. *Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses não sujeitas à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal.*

3. *A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, que objetivam viabilizar o exercício pleno da nobre função de guardião da Constituição Federal.*

4. *E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, urgente e imperativa reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Ad argumentandum tantum, sequer é o caso de concessão ex officio da ordem, porquanto a impetrante pretende, através do revolvimento de fatos e provas, infirmar a palavra da vítima de atentado violento ao pudor, com violência presumida, bem como o testemunho da mãe dela para alcançar, em sede de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a absolvição, atribuindo aos pais da criança, então com 6 (seis) anos de idade, falta de cuidados e imputando à mãe falsa comunicação de crime para acobertar suposto adultério praticado com o paciente; argumentos lastimáveis, data venia.*

6. *É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; E RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.*

7. *Outrossim, o superveniente trânsito em julgado da sentença traduz impossibilidade de convolação do writ, ou mesmo do recurso, em revisão criminal.*

8. *O tema atinente à aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, por isso não pode ser conhecido nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

9. *Ainda que essa questão tivesse sido examinada pelo Tribunal a quo, o caso concreto não comportaria a aplicação da lex in melius posterior, porquanto a redução da pena somente seria possível se o paciente tivesse sido condenado em concurso material e pretendesse o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo certo que a condenação foi por apenas um delito.*

10. *Destarte, a jurisprudência desta Corte, anteriormente ao advento da referida Lei n. 12.015, de 7-8-2009, refutava o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob o fundamento de configurarem delitos de espécies distintas, entendimento que há de ser revisto ante a inserção dos núcleos definidores do crime de atentado violento ao pudor na descrição típica do crime de estupro, passando a configurar delitos da mesma espécie.*

11. *A afirmação, pela Defensoria Pública, no sentido da ocorrência de concurso de crimes é, reitere-se, dissociada da realidade dos autos, não cabendo argumentar com a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009.*

12. *Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual, afastada a possibilidade de concessão ex officio da ordem." (STF, HC 108.181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)*

Esse entendimento foi reiterado em decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

114.924/RJ (DJe de 27/08/2012), os quais, considerando a inadequação do writ, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações.

Nesse cenário, exsurge a necessidade premente da reformulação da admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

No caso dos autos, inconformado com a negativa da liberdade provisória, a Defesa do Paciente impetrou o writ originário aduzindo a ausência dos pressupostos e requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, além da possibilidade do deferimento de prisão domiciliar, em face da necessidade de especial tratamento de saúde, que não pode ser suprido na prisão.

A Corte de Justiça paulista concedeu parcialmente a ordem originária, com a seguinte fundamentação:

"Segundo as informações prestadas, o paciente foi preso em flagrante no dia 9 de setembro de 2011, convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, por suposta infração aos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Encerrado o inquérito policial, foi denunciado em 24 de novembro de 2011 como incurso no art. 33, caput, c.c. o art. 40, inc. VI e no art. 35, caput, c.c. o art. 40, inc. VI, todos do referido diploma legal.

O pedido de liberdade provisória foi indeferido por decisão fundamentada de forma suficiente a atender o princípio previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, considerada a presença dos requisitos necessários à custódia cautelar (fls. 27).

Ademais, anote-se, que o benefício postulado está expressamente vedado no artigo 44 da Lei nº 11.343, de 2006, segundo o qual o delito de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável e insuscetível de liberdade provisória. Aliás, a vedação encontra eco na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, como v.g. anotado no HC 83.468-ES, Relator o Eminente Ministro Relator o Eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ao tratar o benefício do artigo 310, parágrafo único, do CPP [...]

Quanto à noticiada condição delicada de saúde do paciente, não há indício de que o acesso ao tratamento necessário à sua enfermidade lhe tenha sido recusado. O direito do preso à saúde é garantido pelos artigos 10, 11, inc. I e 41, inc. VII, todos da Lei de Execução Penal. Deferida a liminar para que se mantenha o tratamento médico necessário ao paciente, é caso apenas de confirmar a ordem, para o mesmo fim.

*Pelo exposto, meu voto **concede parcialmente a ordem, confirmando a liminar, para que sejam asseguradas ao paciente as***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições necessárias à manutenção de seu tratamento médico."

No tocante ao alegado excesso de prazo, vê-se que a matéria não foi suscitada na ordem impetrada perante o Tribunal *a quo*, o que impede o conhecimento do *habeas corpus*, nessa parte, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça para apreciar originariamente a matéria (art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988), sob pena de indevida supressão de instância.

De outro lado, cumpre asseverar que o recolhimento à prisão domiciliar, a teor do disposto no art. 117, da Lei n.º 7.210/84, somente será admitido, **em sede de execução da pena**, aos apenados submetidos ao regime aberto.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, assentou o entendimento de que, excepcionalmente, pode-se conceder o benefício da prisão domiciliar, quando demonstrado que o recluso é portador de doença grave e a impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. 15 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2o., II DA LEI 8.072/90 PELO COLENDO STF. CRIME HEDIONDO COMETIDO ANTES DA LEI 11.464/07. REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NA LEP (1/6). PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE (AIDS). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A DOENÇA DO PACIENTE NÃO PODE SER TRATADA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL EM QUE SE ENCONTRA. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA CONSIGNAR O DIREITO DO PACIENTE À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL, NOS MOLDES DO ART. 112 DA LEP.

1. *Em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 2o., II da Lei 8.072/90 pelo Colendo STF é possível a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.*

2. *Esta Corte já pacificou a orientação de que o lapso temporal exigido para a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos antes da vigência da Lei 11.464/07, é o previsto no art. 112 da LEP (1/6). Precedentes.*

3. *A jurisprudência, sensível aos fatos, tem admitido a concessão de prisão domiciliar para condenados em regime fechado, mas somente em situações excepcionalíssimas, no caso de portadores de doença grave, quando comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumpre pena.*

4. *O impetrante não demonstrou a inviabilidade do tratamento do paciente dentro do estabelecimento prisional. Em todo caso, em 25.03.2010,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi autorizada pelo Juiz da VEC a transferência do local da execução da pena para um estabelecimento adequado ao seu tratamento.

5. *Ordem parcialmente concedida, em conformidade com o parecer ministerial, tão-somente para afastar o regime integralmente fechado fixado na condenação e determinar que o Juiz da VEC, no momento oportuno, avalie a possibilidade de progressão de regime com fulcro no art. 112 da LEP." (HC 152.252/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011)*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EXAME SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELA VIA ELEITA. PRISÃO DOMICILIAR. EXCEPCIONALIDADE.

1. *A possibilidade de revisão da pena-base imposta pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, em sede de habeas corpus, somente é permitida excepcionalmente, desde que atinente a questões objetivas, não havendo espaço para incursões em aspectos subjetivos.*

2. *Não obstante as penas-bases tenham sido fixadas acima do mínimo legal, entendo ser inviável, no presente caso, alterar o quantum de aumento, eis que, inevitavelmente, reclamaria um exame subjetivo de ponderação na análise das circunstâncias judiciais, não havendo, a meu ver, flagrante desarrazoabilidade no acréscimo adotado pelo Tribunal de origem a evidenciar o alegado constrangimento ilegal.*

3. *O artigo 117 da Lei de Execuções Penais prevê a possibilidade de concessão da prisão domiciliar apenas quando se tratar de condenado inserido no regime aberto, sendo certo que somente em casos excepcionais é possível o deferimento ao réu em regime fechado, mormente quando acometido de doença grave e inexistam condições do estabelecimento prisional em prestar a devida assistência médica, o que não restou demonstrado na hipótese.*

4. *Não há se falar em aplicação do regime de liberdade vigiada, previsto no artigo 767 do Código de Processo Penal, visto que tal instituto se refere apenas à execução das medidas de segurança.*

5. *Habeas corpus denegado." (HC 103.202/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 04/10/2010)*

Contudo, para tanto, sobretudo na via mandamental, deve-se apresentar, de plano, prova incontroversa no sentido de que o tratamento de saúde oferecido no estabelecimento prisional é ineficiente e inadequado.

No caso, indemonstrado o real estado de saúde do Paciente e a impossibilidade de lhe prestar a devida assistência dentro do sistema prisional. Ao contrário, o acórdão impugnado concedeu parcialmente a ordem *"para assegurar a manutenção do tratamento médico ao paciente."*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, não há que ser concedida a transferência para prisão domiciliar.

No mesmo sentido, exemplificativamente:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. TRATAMENTO DE SAÚDE. NÃO-COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Se o impetrante deixa de trazer aos autos prova incontroversa de que depende de tratamento médico que não pode ser administrado no local em que cumpre a pena, incabível a análise dessa questão em sede de habeas corpus, em virtude da sua deficiente instrução.

2. Ordem não conhecida." (HC 107.016/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20/10/2008.)

"HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. RÉU COM MAIS DE 77 ANOS. GRAVIDADE DO ESTADO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente com mais de 77 anos, condenado a sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Início do cumprimento de pena em dezembro de 2004 (fl. 63).

2. Em que pese a gravidade do estado de saúde do paciente, que necessita de tratamento contínuo, não restou demonstrada a excepcionalidade que possibilitaria a concessão da prisão domiciliar a réu inserido no regime prisional fechado.

3. Não demonstrada, de plano, a impossibilidade de prestação da devida assistência médica pelo estabelecimento penal.

4. Ordem denegada." (HC 49.627/SC, 6.^a Turma, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 03/09/2007.)

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0075804-6

HC 239.294 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17442011 2940461720118260000

EM MESA

JULGADO: 13/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: KAIRO MARTINS MACHADO
ADVOGADO	: ANTONIO ROBERTO SOARES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: KAIRO MARTINS MACHADO (PRESO)
CORRÉU	: LEANDRO MACHADO DA SILVA
CORRÉU	: LAURA VIEIRA LUCAS
CORRÉU	: MATEUS GARCIA DE FREITAS
CORRÉU	: MAIKON RICARDO PIMENTA
CORRÉU	: PLÁUCIO PUCCI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.