



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 114.208 - SC (2019/0171120-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **PAULO RICARDO MACHADO (PRESO)**
ADVOGADO : **LEANDRO MACIEL SPRICCIGO - SC026486**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE ROUBO. TRÂNSITO EM JULGADO. PACIENTE EM LIBERDADE. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO DA PRISÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos dos arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento - e consequente início da competência do juízo das execuções - demanda prévia prisão do réu.

2. No entanto, nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

3. Na espécie, justifica-se a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF e do STJ.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independente do prévio recolhimento do paciente ao cárcere, de modo que a defesa possa formular os benefícios inerentes à execução penal.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 114.208 - SC (2019/0171120-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : PAULO RICARDO MACHADO (PRESO)

ADVOGADO : LEANDRO MACIEL SPRICCIGO - SC026486

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por PAULO RICARDO MACHADO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (e-STJ fl. 86):

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PEDIDO PARA FORMAÇÃO DO PEC. INDEFERIMENTO. INSURGÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ARTIGO 105 DA LEI 7.210/84 E DO ITEM 2.2 DO MANUAL PRÁTICA DE ROTINAS DAS VARAS CRIMINAIS E DE EXECUÇÃO PENAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. FORMAÇÃO DO PEC QUE DEPENDE DA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTO QUE SO PODE SER EXPEDIDO SE O RÉU ESTIVER PRESO OU VIER A SER PRESO. MANUAL DO CNJ QUE AINDA PREVÊ A DEVOLUÇÃO, PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO AO JUÍZO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, DA GUIA DE RECOLHIMENTO EXPEDIDA ANTES DA PRISÃO DO CONDENADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

No presente recurso, renovando-se os argumentos da impetração originária, sustenta a defesa que não é obrigatório o sentenciado se recolher a prisão para que o juízo executor aprecie o benefício previsto na Lei de Execução Penal.

Requer, assim, seja dado provimento ao recurso para compelir o Juízo das Execuções a examinar os benefícios em favor do recorrente, independentemente do seu recolhimento ao cárcere.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 113/116).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 114.208 - SC (2019/0171120-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, no presente recurso, seja determinada a expedição de guia de execução da pena, independentemente da prisão do recorrente, o que possibilitaria o direito de efetuar os pedidos inerentes aos benefícios da execução penal.

A questão foi assim decidida pela Corte de origem (e-STJ fls. 88/91):

Segundo consta dos autos de origem 0001308-37.2015.8.24.0023, o paciente foi condenado após regular instrução processual, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 10 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 26 dias -multa, por infração ao artigo 157, §2º, inciso II, por duas vezes, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal.

Em sede recursal, está egrégia Câmara deu parcial provimento ao recurso da defesa para reconhecer a atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP) na segunda fase dosimétrica, bem como para aplicar a figura da continuidade delitiva entre os delitos, reajustando a pena privativa de liberdade para 06 seis anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 15 dias-multa, mantendo o regime inicial fechado ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Certificado o trânsito em julgado da condenação, os autos foram devolvidos ao juízo da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital, que determinou a expedição do necessário mandado de prisão.

A defesa, por sua vez, aduzindo que o paciente faz jus a benefício de competência do juízo da execução penal, pugnou pela expedição do PEC com o consequente encaminhamento do feito à Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, porém teve o pleito indeferido pela autoridade ora apontada coatora.

Estabelecido o cenário da presente impetração, é preciso esclarecer que o benefício pretendido pela defesa, é o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes reconhecidos nesta última condenação, com os crimes já executados pelo paciente em livramento condicional.

Explica o impetrante:

"[...] Destaca-se que os delitos cometidos em cumprimento na Execução de Pena de nº 0047588-66.2015.8.24.0023, são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrentes a fatos ocorridos nos mês de setembro de 2014, mais precisamente nos dias 06 e 12, com a Sentença reconhecendo a continuidade delitiva no caso (doc. 6 em anexo) Já os delitos julgados nos autos de nº 0001308-37.2015.8.24.0023, ocorreram também nos mês de setembro de 2014, nos dias 16 e 27, onde também foi reconhecida a continuidade delitiva.

Ocorre que tais processos, e não se sabe o motivo, foram distribuídos e processados em separado, e decorrem de fatos em sequencia, em continuidade, ou seja, passíveis de reconhecimento da continuidade delitiva entre si, pois ocorreram com lapsos temporais muito próximos e até menores de onde foram reconhecidos em continuidade delitiva.

Ademais, fica claro e evidente quando em análise no Distribuidor do nosso Tribunal, que os procedimentos contra o Paciente foram distribuídos no mesmo dia (16/jan/2015) e com intervalo de tempo de menos de 50 minutos, versando sobre delitos de mesma espécie, com a mesma autoria, tais fatos em sequencia, com alguns dias de intervalo e com inquéritos policiais (IP) em sequencia, cf. abaixo, um quadro resumo:

[...]

Assim sendo, ante ao reconhecimento da continuidade delitiva nos autos de nº 0001308-37.2015.8.24.0023 e nos autos que originaram a Execução Penal de nº 0047588-66.2015.8.24.0023, e sendo aquelas condutas em sequencia destas, o Paciente faz jus a análise do pedido de reconhecimento da continuidade de todas as suas condutas, e que ocorreram exatamente dentro do mesmo mês, quer seja, em setembro de 2014 - entre os dias 06 e 30.

In casu, claramente existe a hipótese que, no pedido de unificação de penas e análise do reconhecimento da continuidade delitiva do conjunto das condutas, o Paciente poderá ter minorada o quantum de sua pena corporal e o seu cumprimento inicial ser fixado no regime ABERTO, quando da análise de todas as circunstancias no âmbito da execução de sua pena. [...]" Sobre o mérito da impetração, que visa exclusivamente a concessão da ordem para que seja determinado ao juízo da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital a formação do PEC com o consequente encaminhamento à Vara de Execuções Penais, o douto Procurador de Justiça disse entender possível, pois "após a edição da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, os benefícios como a progressão de regime e a fixação de regime menos gravoso são permitidos inclusive aos executados com condenações provisórias, quanto mais aos definitivos, como no caso em tela." Pois bem, a respeito da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, com a devida vênica ao entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça, quer me parecer não ser aplicável para o caso em concreto.

Dispõe o referido enunciado, que "Admite-se a progressão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória", ou seja, nos casos em que o condenado está preso provisoriamente é possível a concessão de benefícios previstos pela Lei de Execução Penal, ainda que pendente a análise de recursos interpostos contra a sentença ou contra o acórdão.

No caso dos autos, o paciente respondeu ao processo em liberdade e também lhe foi permitido recorrer da sentença em liberdade, de modo que nunca ficou preso em razão destes fatos.

A resolução da discussão proposta pelo impetrante, passa pela interpretação conjunta do disposto no artigo 105 da Lei 7.210/84 e no item 2.2 do Manual Prático de Rotinas das Vara Criminais e de Execução Penal do Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, dispõe o item 2.2.1 do referido Manual Prático do CNJ, que "O processo de execução penal é iniciado com o registro da guia de recolhimento, ato consistente na anotação da entrada do expediente em cartório e atribuição do respectivo número, obedecidas as disposições da Resolução n.

65, de 2008, do Conselho Nacional de Justiça." Já o artigo 105 da LEP, prevê que "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." Da leitura das referidas normas, verifica-se que o PEC é formado com a expedição da guia de recolhimento e que tal documento só pode ser expedido se o réu estiver ou vier a ser preso.

Não fosse isso, o item 2.2.1.1 do Manual prevê as regras que devem ser seguidas para registro e autuação do documento, vejamos:

"2.2.1.1. Registro e autuação da guia de recolhimento

A guia de recolhimento deve ser registrada após a confirmação do local de prisão ou residência do condenado (nos casos de condenados soltos), observado o juízo competente indicado pela Lei de Organização Judiciária local e a inexistência de outro registro anterior, a fim de serem evitadas a duplicidade de execuções da mesma pena e a execução simultânea de penas diversas.

As guias expedidas em desacordo com as disposições do art. 106 da LEP ou sem as informações e documentos previstos pelas normas regulamentares locais ou Resolução do Conselho Nacional de Justiça serão restituídas ao Juízo do processo de conhecimento para retificação, no prazo máximo de cinco dias.

Também devem ser restituídas ao Juízo do processo de conhecimento as guias expedidas sem o devido cumprimento do mandado de prisão. [...]" Logo, é certo afirmar que estando o réu solto, é necessário o cumprimento do mandado de prisão para a formação do PEC, não havendo o que se falar em constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal sendo suportado pelo paciente.

Por todo o exposto, vota-se pelo conhecimento do Habeas Corpus e denegação da ordem.

Os arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal estipulam que *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.*

Nos termos da lei, portanto, a expedição da guia de recolhimento demanda prévia prisão do réu.

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 seria possível a apreciação do seu pleito até que ocorra seu recolhimento. Ou seja, somente após o cumprimento do decreto de prisão a defesa poderia pleitear ao juízo das execuções a apreciação do cabimento da prisão domiciliar nos termos do art. 117, inciso III da Lei de Execução Penal.

Este é o entendimento majoritário desta Corte, observe-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL ABERTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PACIENTE EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

2. Nos termos da legislação em vigor, especialmente os arts. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento será expedida após o trânsito em julgado da sentença, quando o réu estiver ou vier a ser preso. In casu, o paciente encontra-se em lugar incerto e não sabido, o que inviabiliza o início da execução. Ilegalidade não evidenciada.

3. O pedido de prisão domiciliar não pode ser enfrentado nesta Corte, tendo em vista que não houve enfrentamento da tese no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal a quo, além do trânsito em julgado da ação penal, o que revela a competência do Juízo das Execuções para a análise do pedido, quando for iniciado o cumprimento da pena.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 46.699/MG, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE PROFERIU A SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 105 DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Segundo a dicção do art. 105 da Lei n.º 7.210/84, o processo de execução apenas poderá ser instaurado após a prisão do condenado, oportunidade na qual será expedida a guia de recolhimento a ser encaminhada ao Juízo da execução, iniciando, neste momento, a competência deste.

2. Sendo a prisão do condenado condição indispensável para a emissão da guia de recolhimento, o que deve ser feito pelo Magistrado que proferiu o édito condenatório, quando do seu trânsito em julgado, não há falar em incompetência deste para determinar que se expeça o respectivo mandado de prisão.

REGIME INICIAL SEMIABERTO. ALEGAÇÃO DE INDEVIDO RECOLHIMENTO EM MODO MAIS GRAVOSO POR FALTA DE VAGAS. PEDIDO DE CUMPRIMENTO EM PRISÃO DOMICILIAR COM AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O recorrente, condenado a cumprir pena no regime inicial semiaberto, pretende que lhe seja concedido o direito de cumprir a reprimenda imposta em prisão domiciliar, ao argumento de que inexistiria unidade prisional destinada ao resgate da pena no modo intermediário na comarca de sua residência.

2. Tese que não foi alvo de deliberação pela Corte estadual no acórdão objurgado, o que impede o seu exame diretamente por este Sodalício, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância. Precedentes.

3. Ainda que assim não fosse, este Sodalício tem o entendimento de que o constrangimento ilegal decorrente da inexistência de vaga em estabelecimento prisional adequado deve ser analisado no caso concreto, depois do recolhimento do sentenciado, e não em situação abstrata, como no caso em comento, em que o mandado de prisão expedido em desfavor do insurgente não foi cumprido e a execução penal sequer foi iniciada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.*

(RHC 64.550/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 04/05/2016)

No caso específico, porém, nota-se que a lei cria lacuna que deixa o paciente em uma espécie de limbo jurídico, no qual se encontra impossibilitado de formular seu pedido de prisão detração penal e, conseqüentemente, a progressão de regime, perante qualquer autoridade judiciária.

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.*

Esta Corte esbarrou com a questão em circunstância análoga, na qual a letra fria da lei foi superada pela Sexta Turma, por maioria, para evitar constrangimento ilegal decorrente da imposição de prévio recolhimento do réu para somente então abrir-se o acesso aos benefícios da execução.

Segundo tal entendimento, pondera-se que em determinadas circunstâncias, excepcionais e específicas, é possível que a condição de prévio recolhimento do réu ao cárcere para início da execução penal crie peculiaridades que se mostram manifestamente desproporcionais e não razoáveis.

Eis a ementa do mencionado precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO CRIMINAL. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDICIONADA À PRISÃO. PECULIARIDADES DO CASO EM APREÇO QUE CONDUZEM À POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 writ of 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.

2. Inicialmente, em virtude de um primeiro decreto condenatório expedido pelo juízo de primeiro grau, expediu-se guia de recolhimento provisória em 11/9/2009, remetendo-se à Vara de Execuções Criminais, vindo a paciente ser presa preventivamente na oportunidade.

3. Posteriormente, a mencionada sentença foi anulada, sobrevindo nova condenação, desta vez em patamar inferior àquela primeira, fixando-a no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão.

4. Permaneceu presa 3 (três) anos e 5 (cinco) meses, sem prejuízo da remição, pois trabalhou na unidade prisional. Encontra-se liberta há mais de 2 (dois) anos e possivelmente ressocializada. Inviabilidade de exercer o direito à progressão de regime ou aplicação da detração pelo juízo de execuções criminais.

5. Malgrado não se desconheça o teor do art. 105 da Lei de Execuções Penais, segundo o qual a expedição da carta de sentença está condicionada ao recolhimento à prisão do condenado à pena privativa de liberdade, verifica-se, in casu, ser manifestamente desproporcional e desnecessária a colocação da paciente em cárcere, notadamente quando, à época da impetração (17/12/2014), cumpriu-se aproximadamente 3 (três) anos e 5 (cinco) meses da pena imposta, sendo indeferido o requerimento por demasiado apego à formalidade estampado pelo juízo de piso.

6. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já determinou a expedição de guia de execução sem a prisão do condenado, para possibilitar a análise de pedido de detração pelo Juízo das Execuções (HC n. 119.153/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática de 28/10/2013).

7. Impossibilidade de se perfazer, nesse momento, a cognoscibilidade da detração penal propriamente dita e, por conseguinte, eventual análise da progressão de regime, porque



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria necessário o reexame de fatos e provas, somado ao fato de não ter sido apreciado pelas circunstâncias ordinárias, culminando em indevida supressão de instância.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja expedida a guia de recolhimento provisória em prol da paciente, devendo, ainda, o Juízo de Origem analisar eventual detração e progressão de regime em favor da paciente.

(HC 312.561/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 13/06/2016)

Também a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante ao presente caso, determinou a expedição da guia de execução em favor do paciente. Veja-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR FORMULADO PERANTE JUÍZO DE CONHECIMENTO. ENCERRAMENTO DA JURISDIÇÃO. PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Com a superveniência do trânsito em julgado em relação à condenação, fica encerrada a prestação jurisdicional do juízo de conhecimento, não cabendo sua manifestação nos autos a respeito do cabimento de cumprimento da pena em prisão domiciliar. Precedentes.

3. Nos termos dos art. 105 da Lei nº 7.210/84 e art 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento - e consequente início da competência do juízo das execuções - demanda prévia prisão do réu. 4. Hipótese, entretanto, de circunstância excepcional, na qual a paciente encontra-se impossibilitada de formular seu pleito de cumprimento da pena em prisão domiciliar por encontrar-se em local incerto e não sabido. 5. Nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, a lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, o art. 8º, item I, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica 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.

6. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por questões humanitárias, admitem, excepcionalmente, a prisão domiciliar a condenados que estejam submetidos a pena em regime diverso do aberto, observadas as peculiaridades do caso concreto.

In casu, a paciente estava grávida e, atualmente, a criança têm meses de vida (amamentação), além de ser mãe de mais duas crianças menores de 12 anos. O exame de seu pleito é, portanto, urgente.

7. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

8. Em suma, sendo, na hipótese específica dos autos, o prévio recolhimento à prisão condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, devida a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF e do STJ.

9. Habeas Corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independente do prévio recolhimento da paciente ao cárcere, de modo que a defesa possa formular perante o juízo das execuções o pedido de concessão da prisão domiciliar.

(HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017)

Aliás, à época de tal julgamento, havia apenas decisão monocrática proferida pela Min. Cármen Lúcia no sentido ora abordado, ou seja, vislumbrando a plausibilidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expedição da guia de execução antes da prisão do condenado. Entretanto, a tese foi confirmada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR SUPERIOR À PENA DEFINITIVA. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO CONDICIONADA À PRISÃO DO CONDENADO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DECISÃO MONOCRÁTICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Sob pena de supressão de instância, não se admite habeas corpus neste Supremo Tribunal contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior: Precedentes.

2. **Compete ao juízo de execução criminal a apreciação de pedido de detração penal, configurando flagrante constrangimento o indeferimento, pelo juízo de primeiro grau, do pedido de expedição de guia definitiva de pena, por impedir que a matéria seja submetida ao juízo competente, mais ainda quando se alega cumprimento integral da pena definitiva no período de prisão provisória.**

3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para confirmar a liminar. (HC-119.153/STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 6/6/2014)

Mais recentemente, decidiu o eminente Ministro Edson Fachin, contra decisão desta relatoria:

Trata-se de habeas corpus interposto contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. BENEFÍCIOS DE EXECUÇÃO PENAL SEQUER INICIADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS. SÚMULA N. 182/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O agravante limitou a reiterar as teses já expendidas, não logrando êxito em rebater os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Agravo regimental não conhecido.”

Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado à pena de 03



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, §2º, I e II, na forma do art. 14, II, todos do CP; b) com a prolação da sentença condenatória foi deferido pelo Juízo a quo o direito do paciente de recorrer em liberdade; c) após o trânsito em julgado da condenação, contudo, foi expedido novo mandado de prisão e guia de recolhimento definitiva em desfavor do paciente, não se considerando que, à vista do tempo em que permaneceu preso provisoriamente, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, já faria jus ao regime aberto ou mesmo ao livramento condicional; e) informada tal situação em primeira instância de jurisdição, o Juízo recusou-se a instaurar processo de progressão de regime, alegando que, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não possui competência para analisar a detração penal, a qual deve ser postulada junto ao Juízo da Execução; f) foi impetrado HC junto ao TJSP o qual considerou inexistente ilegalidade na expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, pois somente após “inserido o paciente no sistema prisional, haverá elaboração do cálculo de penas, observada a detração, ocasião na qual o juízo da execução poderá analisar eventual alcance do lapso e verificar se o paciente reúne mérito bastante para a progressão de regime”.

À vista do acima exposto, requer a concessão da ordem para “conceder ao Paciente o LIVRAMENTO CONDICIONAL DA PENA, subsidiariamente, deferir sua promoção ao REGIME ABERTO; ou ainda, determinar ao douto Juiz de origem, EXCEPCIONALMENTE, para que o Paciente possa aguardar em PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR, INDEPENDENTEMENTE DA EXPEDIÇÃO DE SUA CARTA DE GUIA até o surgimento de Vaga em local adequado para o cumprimento de sua reprimenda em REGIME SEMIABERTO.” É o relatório. Decido.

1. Cabimento do habeas corpus: O sistema de recursos e meios de impugnação previsto na Constituição Federal, lida como regra de distribuição de competências, tem uma razão de ser. Até então, acompanhando entendimento fixado na Primeira Turma, sustentei que não há como se admitir habeas corpus impetrado em substituição a instrumento recursal constitucionalmente previsto, como é o recurso ordinário. Nesse sentido: “A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade do uso da ação de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal.” (Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, grifei). Contudo, a Segunda Turma desta Corte uniformizou posicionamento para admitir writ substitutivo de recurso ordinário constitucional. Nessa esteira: “A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional (art. 102, II, a, da Constituição Federal).” (HC 122.268, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24.03.2015, PROCESSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015). Outros precedentes: HC 112.836, Ministra Cármen Lúcia, DJe 15.8.2013; e HC 116.437, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 19.6.2013. Sendo assim, ressaltado posicionamento pessoal sobre a matéria, agora como integrante da Segunda Turma, em observância ao princípio da colegialidade, admito o habeas corpus.

2. No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto. **De início, pontuo que, ante a negativa do Juízo da Vara Criminal de Caraguatatuba/SP para a apreciação do pedido de livramento condicional ou progressão ao regime aberto, o paciente interpôs HC no TJSP, o qual denegou a ordem, em acórdão assim ementado (eDOC.02): “HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – INCONFORMISMO COM A FALTA DE APRECIÇÃO DE BENEFÍCIOS PRISIONAIS, EM FACE DA DETRAÇÃO PENAL – COMPETÊNCIA DO R. JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS – PACIENTE QUE AINDA NEM SEQUER COMPÕE O SISTEMA PRISIONAL – ORDEM DENEGADA.” Na mesma linha, sobreveio decisão do STJ que não conheceu de habeas corpus ali impetrado, por considerar que “os pedidos manejados pela defesa não foram examinados nas instâncias ordinárias, pois a execução penal nem sequer foi iniciada”, de tal modo a “Corte Superior fica impedida de posicionar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância.** Em que pese a argumentação vertida no ato coator, verificando a existência de teratologia, a concessão da ordem é medida que se impõe. Argumenta o impetrante que o Juízo da condenação expediu mandado de prisão e guia de recolhimento definitiva, recusando-se, contudo, a apreciar o pedido de progressão de regime, pois “havia cessado a competência jurisdicional da digna autoridade inicialmente apontada coatora; qual seja o digno Juízo de Origem”. Como se vê, o que o impetrante busca é a possibilidade de instauração do processo executivo e análise do pedido de progressão de regime, considerando o tempo de prisão provisória do paciente, mesmo antes de cumprido o mandado de prisão expedido. **Com efeito, é no mínimo irrazoável condicionar a análise de benefício executório ao recolhimento prisional do paciente. Se, nos termos da pretensão do impetrante, foram preenchidos os requisitos para implemento do livramento condicional ou progressão ao regime aberto, revela-se desproporcional a observância do regime intermediário para fins de exame da situação executória, a revelar excesso de execução e condicionamento não previsto em lei.** A propósito, a possibilidade de que o tempo de prisão provisória repercuta no regime de cumprimento de pena, mesmo que o acusado não se encontre enclausurado, constitui inovação associada à Lei 11.719/08, que disciplina a vinculação entre detração penal e regime inicial, com vistas a dissuadir desnecessária intervenção no estado de liberdade. Ainda na linha de prestigiar o direito à liberdade, cito a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*edição da Súmula Vinculante 56 e as decisões proferidas na ADI 5240 (audiência de custódia) e na ADPF 347 (estado de coisas inconstitucional). Assim, a atuação da Corte frente à essa realidade não pode ser desprezada. **Em outras palavras, 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. **Posto isso, com base no art. 192 do RISTF, concedo a ordem de ofício, em menor extensão, para determinar: a) a instauração do processo de execução penal, com observância do art. 65 da LEP, independentemente do recolhimento do paciente à prisão; b) a análise, pelo respectivo Juízo da Execução Penal, do pedido de livramento condicional ou progressão de regime, avaliando-se o tempo de pena já cumprido e os demais requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei.** Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito (inclusive com utilização de fax, se necessário) ao Juízo da condenação, a quem incumbirá o efetivo cumprimento do item “a” dessa decisão, bem como a comunicação do item “b” ao Juízo da Execução Penal a ser definido. Igualmente, comunique-se ao TJSP, para ciência. Publique-se. Intime-se. (HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017).*

No mesmo diapasão: HC n. 150.556/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 24/11/2017 e AgInt no AREsp 445.578/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018.

A hipótese dos presentes autos configura circunstância análoga à dos precedentes transcritos, em que o prévio recolhimento à prisão consiste em condição excessivamente gravosa.

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário em *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independente de prévio recolhimento do recorrente ao cárcere, de modo que a defesa possa formular os benefícios inerentes à execução penal.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0171120-5

RHC 114.208 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013083720158240023 40121478320198240000 4012147832019824000050000

EM MESA

JULGADO: 13/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO RICARDO MACHADO (PRESO)
ADVOGADO : LEANDRO MACIEL SPRICCIGO - SC026486
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.