

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2138472-78.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ROBSON DA SILVA DANTAS e LEONARDO NAGAMICHI OKUYAMA e Paciente ROBERTO DA SILVA DANTAS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, com determinação de expedição de contramandado de prisão e de guia de recolhimento, para remessa ao juízo das execuções penais. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente) E XISTO ALBARELLI RANGEL NETO.

São Paulo, 29 de setembro de 2022

LUÍS GERALDO LANFREDI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Habeas Corpus nº 2138472-78.2022.8.26.0000

Voto nº 1813

Impetrante: Robson da Silva Dantas e Leonardo Nagamichi Okuyama

Paciente: Roberto da Silva Dantas

Comarca: São Paulo

Juízo de Origem: 2ª Vara Criminal

Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus. Roubo. Execução Penal. Mandado de prisão pendente de cumprimento. Condição para a expedição de guia de recolhimento. Reconhecimento de detração penal que pode implicar modificação ao cenário da execução da pena corporal imposta ao paciente. Constrangimento ilegal. Liminar indeferida.

1. Sistema progressivo de cumprimento de pena. Previsão projetada como ferramenta central da individualização da sanção. Situação que não se concretiza na prática. Cenário fático que resultou na banalização do conceito de prisão estrito senso e que leva pessoas condenadas a cumprir pena em regime inicial semiaberto ou aberto em centros de detenção provisória – em regime análogo ao fechado – para aguardar a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional adequado ou até a respectiva liberação.

2. Contexto desencadeado, entre outros motivos, em razão de determinação do legislador acerca da imprescindibilidade do cumprimento de mandado de prisão como condição necessária para a expedição da guia de recolhimento que viabiliza o início da execução da pena privativa de liberdade propriamente dita. Inteligência do artigo 647 do Código de Processo Penal e do artigo 105 da Lei de Execução Penal. Cenário de flagrante ilegalidade, seja porque impede pessoas de postular perante o juízo das execuções penais acerca de temas a ele afetados, seja porque acaba permitindo o recolhimento e manutenção de pessoas indevidamente em meio mais gravoso do que aquele a que foi condenado, em virtude da falta ou inexistência de vaga em estabelecimento adequado. Controvérsia que já alcançou os Tribunais Superiores. Precedentes determinando a expedição de guia de recolhimento independentemente do cumprimento do mandado de prisão (AgRg no RHC 155785/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o HC 599.475/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz e o HC 312.561/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro). Julgamento do RE 641.320/RS que fixou o entendimento de que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção de um condenado em regime prisional mais gravoso, eis que com essa providência se viola os princípios da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI – e da legalidade – artigo 5º, inciso XXXIX, enquanto direitos individuais da pessoa presa, consagrados na Constituição Federal.

3. Edição da Súmula Vinculante nº 56, pelo STF. Necessidade de readequação da rotina administrativa de formação e instauração do processo de execução da pena privativa de liberdade, em conformidade à Súmula.

4. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências, formulado pela DPU, figurando como requerido o CNJ, deduzido para corrigir a distorção, a fim de que as pessoas que tenham respondido a processos em liberdade, uma vez condenadas ao cumprimento de pena em regime inicial aberto ou semiaberto, não sejam presas nem recolhidas a centros de detenção provisória – em regime análogo ao fechado – para aguardar a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional semiaberto ou para simplesmente serem logo em seguida liberadas. Pedido de readequação do artigo 23 da Resolução CNJ nº 417/21 (que regulamenta o Banco Nacional de Medidas Penais – BNMP 3.0), julgado parcialmente procedente, estabelecendo nova regulamentação para a formação e instauração de processos de execução penal em todo o país. Determinação para que haja a intimação da pessoa condenada a pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto ou aberto, para início do cumprimento da pena corporal, sem que haja a necessidade da prévia expedição de mandado de prisão.

5. Hipótese dos autos. Paciente que foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto. Possibilidade de detração penal. Impedimento de se postular perante o juízo competente o reconhecimento do direito, enquanto negada a expedição de guia de recolhimento. Flagrante ilegalidade. Paciente que se encontra em liberdade, condenado em regime inicial semiaberto, por decisão transitada em julgado. Expedição da guia de recolhimento, e remessa ao juízo das execuções penais, independentemente da expedição de mandado de prisão. Verificação da existência de vaga em regime compatível. Expedição de mandado de prisão, única e tão-somente, se constatada a existência de vaga nesse regime adequado.

6. Ordem concedida, com determinação de expedição de contramandado de prisão e de guia de recolhimento, para remessa ao juízo das execuções penais.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados **Robson da Silva Dantas** e **Leonardo Nagamichi Okuyama**, em favor de **ROBERTO DA SILVA DANTAS**, contra ato do **Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital**. Em questão, o condicionamento da expedição de guia de recolhimento ao cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente.

Segundo os impetrantes, o paciente foi denunciado, em razão da prática de roubo, agravado. Ao esclarecerem os atos processuais que se sucederam durante a marcha

processual, assinalam que, em 24 de outubro de 2014, o paciente foi absolvido das imputações irrogadas, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

Desde então, o paciente seguiu em liberdade plena.

O ministério público recorreu da sentença absolutória.

E por força desse recurso, o paciente foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade de 06 anos, 02 meses e 20 dias, em regime inicial semiaberto.

O v. acórdão foi publicado em 23 de agosto de 2018.

E em decorrência dessa decisão, expediu-se mandado de prisão em detrimento do paciente, com validade até 10 de março de 2025.

Os impetrantes afirmam ter comparecido aos autos (perante o juízo de conhecimento) para requerer a expedição da guia de recolhimento do paciente, independentemente do cumprimento do mandado de prisão.

No entanto, a pretensão foi-lhes indeferida.

Assinalam, a propósito, que a autoridade apontada como coatora limitou-se a afirmar que “não poderia expedir a guia de recolhimento, enquanto pendente de cumprimento o mandado de prisão”.

Pranteiam ser evidente o constrangimento ilegal, diante dessa conjuntura, uma vez que o paciente se vê privado de requerer eventuais "benefícios" que desde agora lhe aproveitariam, quais sejam: a detração, a progressão de regime e vaga em sistema prisional adequado para o cumprimento da pena, matérias que são próprias do juízo das execuções penais.

Trazem à colação precedentes do STJ acerca do tema.

Chamam atenção, inclusive, para o entendimento, segundo o qual seria possível a expedição da guia de recolhimento, em casos em que esteja evidente contexto apto a tornar a execução da pena corporal mais branda.

Nesse particular, reforçam o argumento de que o paciente permaneceu preso, provisoriamente, durante considerável lapso de tempo, pelo que teria direito à detração

penal. Concluem, portanto, estar sendo o paciente privado de considerar essa vantagem, o que, por certo, está por acarretar-lhe imenso prejuízo.

Postulam, destarte, pela concessão da ordem, para que seja expedida guia de recolhimento, independentemente do cumprimento do mandado de prisão (fls. 01/07).

Indeferida a liminar (fls. 399/402), a autoridade apontada como coatora apresentou as informações que lhe foram solicitadas (fls. 404/407).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Jorge Assaf Maluly, manifestou-se contrariamente à concessão da ordem (fls. 506/514).

Eis a síntese do quanto importa.

Infere-se dos autos que o paciente, em conjunto com outros 05 corréus, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, 02 pares de tênis, 01 boné, 03 telefones celulares e 01 bolsa contendo bens pessoais.

Após o regular processamento da ação penal, o paciente foi absolvido, por insuficiência probatória, razão pela qual foi colocado em liberdade, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

Inconformado, o ministério público interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento para condenar o paciente, pela prática do roubo, agravado, a cumprir pena privativa de liberdade de 06 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O v. acórdão transitou em julgado para a acusação em 11 de março de 2019. E para o réu e sua defesa, em 06 de março de 2019.

Interposto recurso especial pelo corréu, o Colendo Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso para reduzir a sanção penal para 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, reconhecendo-se o efeito extensivo dessa decisão ao paciente.

Referida decisão transitou em julgado aos 23 de fevereiro de 2021, determinando-se, incontinentemente, a expedição de mandado de prisão.

A defesa veio aos autos requerer a expedição de guia de recolhimento.

O *parquet* assinalou não ser favorável ao requerimento.

E nesse sentido prolatou-se decisão judicial, no último dia 25 de março.

Por ora, aguarda-se o cumprimento do mandado de prisão em aberto.

A ordem deve ser concedida.

Insurgem-se os impetrantes contra a negativa engendrada pelo juízo da condenação (ou de conhecimento), acerca da expedição da guia de recolhimento, enquanto não implementado o recolhimento do paciente ao cárcere.

Afirmam que o condicionamento do início do processo de execução da pena ao cumprimento do mandado de prisão configura evidente constrangimento ilegal.

E razão lhes assiste.

Atual cenário-fático brasileiro

O legislador pátrio adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena e, nesse espectro, de acordo com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma a admitir a transferência do apenado de um regime mais severo para outro menos gravoso, assim que se satisfaçam os requisitos legais exigidos.

Os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), nesse sentido, funcionam como instrumentos que promovem a individualização da sanção corporal, eis que projetam sobre o sentenciado a intensidade da pena privativa de liberdade conforme as características mais ou menos exigentes que lhes são próprias.

Malgrado assim se tenha definido desde o ano de 1984 (quando se inovou a Parte Geral do Código Penal e veio à luz a Lei de Execução Penal), no Brasil, o sistema progressivo de cumprimento de penas, na prática, não tem funcionado tal como idealizado.

Isto porque cada regime dependendo de equipamentos próprios para a respectiva implementação, não se edificaram essas estruturas em quantidade suficiente ou

simplesmente ainda não existem colônias agrícolas e industriais e casas de albergado, unidades prisionais previstas na Lei como adequadas para o cumprimento da pena privativa de liberdade em modo semiaberto ou aberto.

A realidade prisional brasileira evidencia a opção e predileção dos gestores prisionais por unidades penais de regime fechado, essas sim, visíveis e abundantes a toda a população, muito embora também insuficientes para acomodar a todo o contingente carcerário brasileiro.

Não há dúvidas que um contexto é repleto de perplexidades e traz disparates. Isto porque inviabiliza o regular funcionamento do sistema progressivo, tornando-o inócuo ou simplesmente o fazendo inefetivo.

Não à toa essas e outras questões foram trazidas a debate perante o Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento do RE 641.320/RS.

Lá se afirmando, conclusivamente, que **a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção de um condenado em regime prisional mais gravoso**, eis que com essa providência se viola, a um só tempo, os princípios da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI – e da legalidade – artigo 5º, inciso XXXIX, enquanto direitos individuais da pessoa presa, consagrados na Constituição Federal.

Em outras palavras, todo apenado tem o direito a um regime de cumprimento de pena compatível com o determinado no título condenatório e a progredir desse regime para outro que lhe seja mais favorável, de acordo com os seus méritos. Via de consequência, a manutenção do condenado em regime diverso daquele que lhe foi cometido ou naquele para o qual deveria progredir importa, respectivamente, em excesso ou desvio de execução, o que viola, frontalmente, o direito ao cumprimento da pena em condições de dignidade e de justiça, é dizer, o devido processo legal de execução penal.

Neste diapasão, não há como cogitar a execução de penas corporais de qualquer forma ou modo, a pretexto da defesa da segurança da sociedade, ignorando apanágios elementares de civilidade penal, se o Estado não tem como garantir a observância do título da condenação ou da progressão de regime conquistada, tal como ele foi constituído ou aquela foi alcançada.

Para ficar ainda mais claro e tangível: confere-se ao Estado o poder de executar a pena corporal imposta a uma pessoa, mas não se lhe autoriza fazê-lo do jeito que bem entenda, de qualquer forma ou de modo deliberadamente excessivo, o que seria negar o cumprimento da legalidade penal, e sobretudo deixar de reconhecer a dignidade que os condenados preservam – artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal -, e que bem por isso lhes outorgam o direito e a prerrogativa de se submeterem a uma pena justa, até porque não se desconsidera continuam sendo pessoas, cujas integridades física e moral se confia e se exige proteção desse mesmo Estado.

O legislador é expresso em conferir inúmeros direitos aos condenados, durante a execução da pena. Sim, porque os apenados são sujeitos a quem se conferem posições jurídicas que lhes asseguram a dignidade pessoal e até por força disso é que os regimes de cumprimento de pena existem, para afirmar essa condição.

Reconstrução histórica do tema à luz da jurisprudência

Não se nega que a controvérsia encontra previsão na legislação pátria.

Com efeito, os artigos 105 da Lei de Execução Penal e 647 do Código de Processo Penal estabelecem 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 e guia de recolhimento para a execução, *verbis*:

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.

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.

Nos termos da Lei, portanto, a expedição da guia de recolhimento demanda prévia prisão do réu, qualquer que seja o regime inicial fixado.

Dito de outra forma a instauração do processo de execução da pena está condicionado ao recolhimento à prisão do condenado à pena privativa de liberdade.

E é assim que os Tribunais têm - reiteradamente - se posicionado.

De outro giro, não menos correto reconhecer que a demanda imposta pelo próprio legislador desaguou em sérias controvérsias no mundo fático.

Isto porque não são poucos os casos em que o apenado desejava manifestar-se perante o juízo das execuções [para formular requerimentos a ele pertinentes, como a detração penal] e se via impedido, porquanto ainda não iniciado o processo de execução da pena, eis que pendente de cumprimento do mandado de prisão.

Aqui o pior ainda acontecia: não formular demandas ao juízo da execução da pena, sem processo. E não poder deduzir qualquer pleito perante o juízo da condenação (ou de conhecimento), eis que esgotada a sua atribuição jurisdicional.

Um “limbo” assim foi criado e historicamente passou a ser admitido, para os que, condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade, respondiam ao processo penal em liberdade ou nessa condição estavam ao tempo do trânsito em julgado da decisão condenatória, **enquanto não cumprido o mandado de prisão.**

Por força desses disparates, questões inúmeras passaram a chegar aos Tribunais Superiores, tendo em vista que os Tribunais Estaduais e Federais – via de regra – seguiam a letra fria da Lei, condicionando a expedição da guia de recolhimento ao cumprimento do mandado de prisão, quer seja a condenação a pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, quer seja em regime inicial semiaberto ou aberto.

A propósito, jogo luz sobre caso emblemático julgado pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em maio de 2014.

Trata-se do HC nº 119.153/SP. A questão debatida no *writ* pela e. Ministra em nada difere da problemática já mencionada. E sim o contrário.

O caso que lhe foi submetido, em apertada síntese, versava sobre uma condenação a pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto, sendo lá condicionada a expedição da guia de recolhimento para execução da pena, ao cumprimento do mandado de prisão.

Nada obstante, teria sido requerido [perante o juiz monocrático] a detração da pena que o sentenciado cumpriu cautelarmente e, via de consequência, a expedição de contramandado de prisão.

Indeferido o pleito, igual apelo foi endereçado aos Tribunais Superiores.

Na oportunidade, a e. Ministra assinalou que as decisões proferidas pelas Instâncias Superiores coincidiam com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afirmarem que compete ao juízo das execuções penais apreciar o pedido de detração da pena formulado pelo sentenciado (HC 75119, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 6.3.1998). Contudo, conferiu-se destaque para o ponto controverso da questão: **ao indeferir o pedido de expedição de guia definitiva de cumprimento da pena corporal, se impossibilitava a chegada da matéria questionada [pelo réu] ao juízo das execuções penais, competente para analisar a controvérsia.** Diante deste impasse, reconheceu-se que a persistência da situação fazia com que o réu se visse impedido de requerer a detração da pena [no caso concreto], porque a expedição da guia de execução definitiva ficava condicionada a sua prisão, a evidenciar flagrante constrangimento.

Ao final, como única solução possível, determinou a expedição da guia de execução definitiva da pena do réu [independente do cumprimento da ordem de prisão], encaminhando-a ao juiz de execução penal competente.

O julgado resultou na seguinte ementa:

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 119153, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014).

É certo que a decisão proferida pela e. Relatora abriu portas para novos requerimentos, até porque os casos de flagrante ilegalidade se repetiam.

E outros precedentes no Superior Tribunal de Justiça despontaram:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO CRIMINAL. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA 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 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 n. 312.561/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/5/2016, DJe de 13/6/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 691 DO STF NÃO SUPERADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NÃO DEMONSTRADA. **NÃO RECOLHIMENTO DA PACIENTE AO CÁRCERE. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. EMISSÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO JUSTIFICADA.** EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. RELATORIA DE OUTRO JULGADOR. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

1. Admite-se a superação do enunciado n. 691 da Súmula do STF em casos excepcionais, quando, sob a perspectiva da jurisprudência desta Corte Superior, num exame superficial, a ilegalidade do ato apontado como coator é inquestionável e cognoscível de plano - o que não ocorre na espécie.

2. Não obstante a atual crise mundial trazida pela pandemia do novo coronavírus, a apenada ainda não se recolheu à prisão, tampouco comprovou o padecimento pelas enfermidades apontadas no writ. Não são bastantes, por si sós, os documentos colacionados aos autos para evidenciar que, quando segregada, a paciente não receberá medicamentos, ou lhe será negado tratamento médico intramuros, ou que será submetida a iminente risco de contágio pela COVID-19, ou que, atualmente, apresente sintomas correspondentes a comorbidades severas.

3. Essas circunstâncias afastam, por ora, a aplicação da Recomendação n. 62/2020 do CNJ à sentenciada, sem prejuízo de ulterior decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais, competente para dirimir o incidente, à luz dos interesses em conflito.

4. 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 custódia do réu.

5. No entanto, estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6. Justifica-se a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, a fim de possibilitar a análise do pedido de progressão de regime ou de prisão domiciliar pelo Juízo competente (Precedentes do STJ e do STF).

7. Impossível avaliar se há ou não similitude fática, aos ditames do art. 580 do CPP, entre as condutas atribuídas à ré e à beneficiada do proveito de segregação domiciliar, mormente porque abordadas cada qual em um processo distinto. Não há falar em estender efeitos de decisão proclamada em outro feito, à acusada em demanda diversa (não existe concurso de pessoas), sobretudo de relatoria de outro julgador.

8. Ordem denegada. Concessão de habeas corpus, de ofício, para determinar, independentemente do recolhimento da paciente à prisão, se instaure o processo de execução, com observância do art. 65 da Lei n. 7.214/1984, e se submeta à análise do juízo competente o pleito de progressão de regime ou prisão domiciliar.

(HC n. 599.475/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. **NÃO RECOLHIMENTO DO RECORRENTE À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR (ART. 117, II, DA LEP). IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO.** AGRAVO MINISTERIAL IMPROVIDO.

1. Como é de conhecimento, os Tribunais Superiores possuem pacífica jurisprudência no sentido de que o prévio recolhimento do paciente 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.

2. Nesse viés, justifica-se a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, a fim de possibilitar a análise do pedido de progressão de regime ou de prisão domiciliar pelo Juízo competente (Precedentes do STJ e do STF) (HC 599.475/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC n. 155.785/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 12/11/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE PRISÃO NÃO CUMPRIDO. ARTS. 105 DA LEP E 675 DO CPP. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO PRÉVIO DO SENTENCIADO À PRISÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 105 da Lei de Execução Penal e art. 675 do Código de Processo Penal, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dá com o recolhimento do sentenciado à prisão e a expedição da respectiva guia de execução.

2. Segundo entendimento reiterado deste Superior Tribunal de Justiça, em regra, o exame dos pedidos de progressão prisional (art. 66, III, "b" e 112 da LEP) e de detração (art. 66, "c", III, da LEP), ou de qualquer outro benefício, estão condicionados ao cumprimento do mandado de prisão e, conseqüentemente, à expedição da guia definitiva pelo Juízo da Execução.

3. Tal entendimento tem sido excepcionado em casos específicos em que a condição do prévio recolhimento ao cárcere possa ser excessivamente gravosa, a depender das particularidades das situações de cada sentenciado.

4. Na hipótese sob exame, não foi demonstrada nenhuma excepcionalidade a autorizar o cancelamento do mandado de prisão do recorrente, em especial ao se considerar "que o apenado está em liberdade, dificultando a referida aferição a partir de elementos concretos. Até mesmo porque, como ostenta diversas condenações pretéritas, ainda há pena a ser resgatada em estabelecimento prisional, que não pode ser desconsiderada ou perdoada tão somente com base nas alegações defensivas" (e-STJ, fl. 72).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.004.977/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022).

Malgrado as decisões aqui elencadas, é certo que o entendimento ainda prevalente gira em torno da imprescindibilidade do cumprimento do mandado de prisão para que seja expedida guia de reconhecimento e, via de consequência, iniciada a execução da pena.

A propósito, importante fazer a seguinte ressalva: os precedentes criados acerca do tema flertam – intimamente – com o campo de excepcionalidade.

Isto porque não se fulminaram a necessidade de cumprimento da ordem de prisão para que seja expedida a guia de recolhimento.

Ao revés, reconhecida a legitimidade da regra, excepcionaram-se casos específicos em que a condição do prévio recolhimento ao cárcere passa a ser excessivamente gravosa, a depender das particularidades de cada sentenciado.

De fato, em sua grande maioria, os precedentes acima elencados versam sobre casos em que o réu poderia [e deveria] pleitear perante o juízo das execuções acerca de temas a ele atinentes [e que poderiam alterar substancialmente o título condenatório originário] mas se viam impedidos de fazê-lo, porquanto ainda não expedida a guia competente.

A questão, a toda evidência, apresenta-se por demais tortuosa.

Para além daqueles que se apresentam impedidos de pleitear perante o juízo das execuções, há aqueles que – desde o início – foram condenados a cumprir pena privativa de liberdade, em regime inicial semiaberto e aberto, e mesmo assim acabam por se submeter a recolhimento em unidade penal própria de regime fechado.

Explico!

Como é sabido, o cumprimento do mandado de prisão – invariavelmente – implica o recolhimento do apenado a um estabelecimento fechado, lugar onde permanecerá aguardando a disponibilização de vaga em regime adequado (fechado ou semiaberto) ou a própria liberação, no caso de condenação em regime aberto.

Ocorre que o recolhimento (e por prazo mínimo que seja) em estabelecimento diverso daquele adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime inicial

intermediário, ou aberto, é situação que já não mais se tem como tolerável, pois implica a caracterização de grave constrangimento ilegal.

Isso tanto ou mais fica evidente quando se constata que essas unidades penais “de entrada” estão funcionando, via de regra, superlotadas e operando para além da capacidade normal.

Não por outra razão tem-se admitido, diante da inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto – e como única saída possível – o cumprimento da pena corporal em regime de prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga em regime compatível com o originariamente imposto.

O tema alcançou a sua projeção mais significativa perante o Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento do RE 641.320/RS, de relatoria do e. Ministro Gilmar Mendes.

Trata-se de outro caso emblemático, no qual, ao final, foram [inclusive] fixados parâmetros a serem seguidos.

No caso colocado a julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou, enquanto não existisse estabelecimento destinado ao regime semiaberto, que atendesse a todos os requisitos da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade deveria ser cumprida em regime de prisão domiciliar.

O Ministério Público interpôs recurso extraordinário, no qual sustentou que a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto que atenda a todas as exigências da legislação penal, não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas. Acrescentou que eventual problema de superlotação das penitenciárias seria questão a ser resolvida no âmbito da Administração Pública, não podendo servir como justificativa para a concessão da prisão domiciliar.

A controvérsia foi resolvida, com repercussão geral, com a fixação [pelo Relator] de parâmetros destinados a entabular estândares mínimos a serem observados em uma execução de pena em regime aberto e semiaberto, a saber: (i) a falta de estabelecimento

penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; (ii) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”, do CP).

Mas não parou por aí: (iii) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (a) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (b) a liberdade eletronicamente monitorada de sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride para o regime aberto; e (iv) até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

O julgamento resultou na seguinte ementa:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal,

adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.

7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94.

8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

(RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261).

Além desse precedente, a falta de vagas em regime semiaberto, resultou na edição, pelo STF, da Súmula nº 56, que, hoje, cristalizou o entendimento a prevalecer acerca do tema. Nesta toada, a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. E a propósito desta hipótese, devem ser observados os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

De toda sorte, essa solução [aguardar vaga compatível em prisão domiciliar] também não anulou, nem impediu – por completo – o recolhimento [dos condenados em regime inicial semiaberto] a centros de detenção provisória – com regime análogo ao fechado – para aguardar a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional semiaberto.

E a conjuntura assim apresentada torna certa a existência de uma lacuna.

Tal visto que não havia [até então] qualquer recomendação ou orientação aos juízes sobre a prática administrativa de instauração do processo de execução da pena privativa de liberdade, em conformidade com a Súmula Vinculante nº 56.

A questão, de toda sorte, parece ter se aproximado de uma solução.

Alteração da sistemática de início do cumprimento da pena em regime aberto e semiaberto

Como amplamente exposto, o tema é sensível, por força de um amontoado de nuances, as quais pulsam e clamam por regularização.

Não foi por outra a razão que a Defensoria Pública da União formulou pedido de providência (autos nº 0006891-32.2021.2.00.0000), no qual propôs ao Conselho Nacional de Justiça a expedição de recomendação a todo o Poder Judiciário sobre a prática administrativa de instauração do processo de execução da pena privativa de liberdade, em conformidade com a Súmula Vinculante nº 56.

Em apertada síntese, o pedido de providência girou em torno da desnecessidade da pessoa solta e condenada ao cumprimento de pena em regime inicial semiaberto ser (e ficar) recolhida em centros de detenção provisória – em regime análogo ao fechado – para aguardar a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional semiaberto [como é de praxe, na rotina forense].

Foram formulados dois requerimentos centrais: (i) que a instauração do processo de execução penal não esteja condicionada ao aprisionamento quando ele não é cabível, e, que (ii) apenas seja expedido mandado de prisão diante da confirmação da existência de vagas no estabelecimento penal adequado, de modo a assegurar que o apenado a cumpra em local apropriado desde o princípio.

Não se pode deixar de lado que a matéria levada à discussão, apresentando como diretriz e guarida a Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, tinha por objetivo validar a interpretação de normas determinadas, acerca das quais controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública possam acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

É certo que o feito, depois de distribuído, ganhou parecer do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça, que pontuou:

“(…)

De certa forma, o artigo 23 da Resolução CNJ nº 417/2021, que institui e regulamenta o BNMP 3.0, ao estabelecer o mandado de intimação para cumprimento de pena em ambiente aberto, atende em parte aos propósitos da requerente.

DO MANDADO DE INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE PENA EM AMBIENTE ABERTO Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime aberto, previamente à expedição de mandado de prisão, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, sem prejuízo da realização de audiência admonitória.

Mas a pretensão subsiste quando da condenação a pena privativa de liberdade em regime de cumprimento semiaberto e da possibilidade de não expedição de mandado de prisão ou do seu condicionamento diante a confirmação da existência de vagas no estabelecimento penal adequado.

E aqui, pensamos que importa atentar para as disposições legais acerca da matéria. Por força constitucional e nos termos do artigo 283 do CPP, tem-se que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

No caso da condenação criminal transitada em julgado, o artigo 105 da LEP determina 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.

Nesse sentido, também a Resolução CNJ nº 113/2010 que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, além de outras providências.

Assim, pretender condicionar a expedição do mandado de prisão fora do que determina a legislação vigente, imporia a este Plenário tarefa que não lhe compete constitucionalmente, eis que extravasaria sua atribuição de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, ainda que a requerente o peça em sede de Recomendação, a qual acompanha o ordenamento jurídico vigente.

Entretanto, uma interpretação conforme ao artigo 23 da Resolução CNJ nº 417/2021 é possível nesse ponto, não apenas pela natureza jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da medida cautelar concedida na ADFP nº 347, com a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, o que impõe a necessidade de todos os Poderes, órgãos e atores atuarem através de medidas e ações que impactem efetivamente essa estrutura, mas, também, porque parece ser a solução encontrada por alguns Tribunais nesse caso, como o da Paraíba/PB, que em ato normativo da Corregedoria, determina em seu artigo 461, parágrafos 2º e 3º, que nos casos de condenação em regime aberto e semiaberto, o juízo da condenação deverá expedir mandado de intimação ao condenado para comparecimento à unidade judiciária, com a finalidade de assinatura do termo de compromisso de apresentação ao juízo da execução penal para início de cumprimento de pena, conforme as regras do regime, onde não houver estabelecimento apropriado para cumprimento dos regimes semiaberto e aberto.

Na sequência, a normativa ainda refere em seu parágrafo 3º que no momento do comparecimento do condenado ao juízo da condenação, após assinatura do termo de compromisso de apresentação, deverá ser expedido mandado de prisão no BNMP 2.0 e imediata certidão do seu cumprimento no mesmo sistema, permitindo a expedição de guia de recolhimento.

(...)

Em consonância com o quanto requerido pela DPU e considerando o disposto no artigo 102 do Regimento Interno do CNJ, o DMF acabou por sugerir a alteração do disposto no artigo 23 da Resolução do CNJ nº 417/2021, a fim de que o mandando de intimação para cumprimento da pena em ambiente aberto fosse estendido também ao regime semiaberto, em interpretação conforme à própria natureza da decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 347 e Súmula Vinculante nº 56.

Não seria por demais jogar luz sobre ponto importante destacado alhures: solução de equilíbrio já teria sido encontrada por alguns Tribunais, como o da Paraíba. Lá, foi por meio do ato normativo da Corregedoria Geral de Justiça, houve determinação para que, nos casos de condenação em regime aberto e semiaberto, o juízo da condenação (juízo de conhecimento) deveria expedir mandado de intimação ao condenado para comparecimento à unidade judiciária, com a finalidade de assinatura de termo de compromisso de apresentação ao juízo da execução penal, para início de cumprimento de pena, onde não houver estabelecimento apropriado para cumprimento dos regimes semiaberto e aberto.

Impossível negar a plausibilidade do direito invocado.

Tanto é crível que o pedido de providência foi julgado parcialmente procedente pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça nos seguintes termos:

EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 56. ADPF Nº 347. RESOLUÇÃO A SER APROVADA PELO PLENÁRIO.

1. Pedido para que seja expedida orientação aos Magistrados para adequar-se à prática administrativa de instauração do processo de execução da pena privativa de liberdade à súmula vinculante nº 56, visando a que as pessoas soltas e condenadas ao cumprimento de pena em regime inicial semiaberto não sejam presas nem recolhidas em centros de detenção provisória – em regime análogo ao fechado – para aguardar a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional semiaberto, como tem acontecido.

2. Parecer ofertado pelo DMF pela necessidade de adequar a Resolução CNJ nº 417/21 ao julgamento da Suprema Corte na ADPF nº 347 e à Súmula Vinculante nº 56, uma vez que a edição de uma nova resolução por este Conselho atenderá os preceitos constitucionais de acesso à Justiça e efetiva prestação jurisdicional.

3. Pedido julgado parcialmente procedente no sentido de editar uma resolução, para adequar a Resolução CNJ nº 417/21 ao julgamento da Suprema Corte na ADPF nº 347 e à Súmula Vinculante nº 56.

4. Instauração de procedimento de Ato Normativo, para a redação do texto da referida recomendação, a ser aprovada pelo Plenário do CNJ em outra sessão, consoante o § 2º do art. 102 do RICNJ.

Por conseguinte, foi apresentada minuta de texto normativo, que, em síntese, propôs a modificação do artigo 23 da Resolução CNJ 417/2021, para o fim de que o mandado de intimação para cumprimento da pena em ambiente aberto fosse estendido também ao regime semiaberto.

E o mesmo Conselho Nacional de Justiça, no último dia 09 de setembro, por unanimidade, aprovou a minuta proposta, nos termos do voto do e. Relator, Conselheiro Mauro Martins, e por meio da Resolução nº 474/22 CNJ, modificou a redação original do artigo 23 da Resolução CNJ 417/21, que passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante no 56.

Pois bem!

A nova norma procedimental tornou regra e passou a determinar a necessidade de intimação da pessoa condenada a cumprir pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto ou aberto, para que inicie o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da condenação, sem que haja a necessidade da prévia expedição de mandado de prisão, alterando [nesse ponto] a Resolução CNJ nº 417/2021, que instituiu e regulamentou o Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0).

Não se olvide que tal medida administrativa coaduna-se com o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF nº 347, do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, bem com o enunciado da Súmula

Vinculante nº 56, no sentido de que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

Além disso, alinha-se com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça manifestado em precedentes como o AgRg no RHC 155785/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o HC 599.475/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz e o HC 312.561/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro [já antes elencados].

Com efeito, diante da nova determinação – toda condenação transitada em julgado, em regime inicial aberto ou semiaberto, de pessoa que tenha respondido ao processo em liberdade, deverá ensejar a imediata autuação do processo de execução penal, junto a Vara das Execuções Penais correspondente e no Sistema de Vara das Execuções Criminais - SIVEC [no que tange ao âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo].

Não é por demais assinalar que me parecem claros os requisitos para que o procedimento seja adotado: **(i)** existência de uma condenação transitada em julgado, **(ii)** a determinação de regime inicial semiaberto ou aberto e **(iii)** tenha a pessoa respondido o processo em liberdade.

Por outro lado, caberá ao juízo da execução (que melhor está em condições de deliberar sobre a gestão de vagas) avaliar se é o caso da expedição de mandado de prisão, depois de verificar no BNMP se a pessoa condenada a regime inicial semiaberto ou aberto se encontra efetivamente presa ou em liberdade.

Aqui, o ponto central da questão debatida nestes autos: estando em liberdade a pessoa, o juízo de conhecimento não deve mais expedir mandado de prisão para que ela inicie o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto. E sim o contrário. Isto é, deve limitar-se a expedir a guia de recolhimento no sistema processual cabível e remetê-la ao juízo da execução competente para processá-la.

Tão somente após a expedição da guia de recolhimento [friso: agora definitivamente superado o condicionamento dessa expedição ao cumprimento de ordem prisional], deverá ser autuado o processo de execução no SIVEC.

Ato contínuo, para não incorrer novamente nos equívocos que desaguaram na demanda inicial, o juízo da execução deve verificar se há disponibilidade de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto ou aberto.

Somente após o juízo da execução intimar a pessoa para iniciar o cumprimento da pena e, caso haja disponibilidade de vaga no regime semiaberto ou aberto, deve ser avaliada a necessidade/pertinência da expedição de mandado de prisão.

Caso contrário, isto é, em não havendo vaga em regime compatível, o juízo da execução deverá apreciar a possibilidade de substituição da privação da liberdade por outra forma alternativa de cumprimento, a exemplo de monitoração eletrônica e prisão domiciliar.

Após esse escorço histórico, e ao que tudo indica, o caminho da mudança foi iniciado e está sendo pavimentado para solucionar, definitivamente, a questão recorrente – e que via de regra – provocava distorções e injustiças, a partir do recolhimento e manutenção indevida de apenados em meio mais gravoso do que aquele a que foram efetivamente condenados, em virtude da falta de vagas em estabelecimento adequado ao cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto.

Caso concreto

Insurgem-se os impetrantes contra a negativa da expedição da guia de recolhimento, enquanto não implementado o recolhimento do paciente ao cárcere.

Afirmam que o condicionamento do início do processo de execução ao cumprimento do mandado de prisão configura evidente constrangimento ilegal.

Chamam atenção, ademais, para o entendimento segundo o qual seria possível a expedição da guia de recolhimento, em casos em que esteja evidente contexto apto a tornar a execução da pena corporal mais branda.

Nesse particular, destacam que o paciente permaneceu preso, provisoriamente, durante lapso considerável de tempo, pelo que teria direito à detração penal. Concluem, portanto, estar sendo o paciente privado de considerar essa vantagem, o que lhe estaria a acarretar imenso prejuízo.

Pois bem!

A título de melhor escrutinar o presente caso, reitero: após o regular processamento da ação penal, o paciente foi absolvido por insuficiência probatória. Liberado da prisão, nessa condição se encontra até a presente data.

Ocorre que o ministério público interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento para condenar o paciente, pela prática do roubo, agravado, a cumprir pena privativa de liberdade de 06 anos e 05 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O v. acórdão transitou em julgado para a acusação em 11 de março de 2019 e para o réu e sua defesa, em 06 de março de 2019.

Interposto recurso especial pelo corréu, o Colendo Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso para reduzir a sanção penal para 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, com efeito extensivo ao paciente.

Referida decisão transitou em julgado em 23 de fevereiro de 2021.

Expediu-se mandado de prisão, ainda pendente de cumprimento.

A ordem deve ser concedida em razão de dois cenários distintos.

Consoante o argumentado pelos impetrantes, o paciente teria permanecido segregado cautelarmente durante certo período da marcha processual.

Em consequência, faria *jus* à detração da pena e [até] poderia alcançar regime menos gravoso. A análise dessa pretensão é matéria afetada ao juízo da execução penal.

De outro giro, é certo que se vê impossibilitado de apresentar a referida demanda ao juízo competente, porquanto o mandado de prisão expedido encontra-se pendente de julgamento. Via de consequência, enquanto assim não acontecer, a guia de recolhimento não será expedida e o início do processo de execução da pena ficará obstado.

Ora, como amplamente salientado e é de conhecimento, os Tribunais Superiores possuem pacífica jurisprudência no sentido de que o prévio recolhimento do paciente à prisão trata-se de condição excessivamente gravosa, a obstar o pleito de posições jurídicas diversas no âmbito da execução das penas, motivo pelo qual se faz necessária a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão.

Pensar diferentemente é tolher do apenado o exercício pleno de sua defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tal como assegurado constitucionalmente.

Nesse diapasão, mais que justificada a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, para o fim de possibilitar a análise do pedido de detração penal e, via de consequência, de progressão de regime pelo juízo competente (Precedentes do STJ e do STF).

Mesmo que assim não o fosse, é certo que houve guinada recente acerca do tema, como amplamente discutido alhures.

Em sendo condicionada a expedição da guia de recolhimento [ao cumprimento da ordem de prisão] não há dúvidas de que o paciente está na iminência de ser privado de sua liberdade – certamente – em condições mais gravosas do que lhe foi determinado na sentença, daí caracterizando situação de ilegalidade manifesta.

A nova redação conferida ao artigo 23 da Resolução CNJ nº 417/2021 reformula o procedimento administrativo que orienta e regulamenta o início do processo de execução da pena, para evitar os disparates que o contexto ensejava.

Não há mais que se falar em violação do princípio da razoabilidade e da própria dignidade humana. Isto porque a nova regra procedimental evita que o apenado seja preso (primeiro) para iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto, como vinha acontecendo em diversas localidades do Brasil.

De maneira análoga, não há espaço para se falar em cumprimento de mandado de prisão prévio e antecedente à efetiva verificação da disponibilidade de vaga em regime semiaberto ou aberto.

Estando em liberdade o paciente, o juiz de conhecimento deve imediatamente expedir a guia de recolhimento no sistema processual correspondente e remetê-la ao juízo da execução da penal. Logo na sequência [ainda segundo as novas determinações] o processo de execução penal deve ser autuado e registrado no SIVEC.

Uma vez cumprido esse roteiro, e só após verificada a disponibilidade de vagas em estabelecimento penal adequado ao regime, é que deverá ser intimada a pessoa para iniciar o cumprimento da pena. Assinalo que restou determinado que, em havendo

disponibilidade de vaga no regime semiaberto ou aberto, poderá ser expedido o mandado de prisão. Essa avaliação é, a partir de agora, uma deliberação que está acometida ao juiz da execução da pena e não mais ao juiz da condenação (ou de conhecimento).

De toda sorte, friso: é fato que não mais se mostra necessário o cumprimento do mandado de prisão para que seja expedida a guia de recolhimento.

A conjura assim posta, além de permitir que o paciente postule perante o juízo das execuções penais (e exerça com amplitude o direito de defesa inerente ao devido processo legal), extermina a possibilidade de que seja recolhido e mantido indevidamente em meio mais gravoso do que aquele que foi efetivamente condenado.

Do voto

Por todos os argumentos expostos, comprovado o malsinado constrangimento ilegal, **concedo a ordem de *habeas corpus* para determinar que a autoridade apontada como coatora expeça – imediatamente – guia de recolhimento em nome do paciente [independentemente do cumprimento do mandado de prisão anteriormente expedido] a fim de que se promova a autuação da execução da pena e cadastramento no SIVIC, daí prosseguindo-se perante o juízo de execução penal competente, na forma do artigo 23 da Resolução CNJ nº 417/2021.**

Expeça-se contramandado de prisão em favor do paciente.

LUÍS GERALDO LANFREDI
Relator