

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): MARCELO DE CARVALHO

ADV.(A/S): PEDRO BORGES DE MELO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECORRENTE CONDENADO POR CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENADO À PENA RECLUSIVA INFERIOR A OITO ANOS. DETERMINAÇÃO EM SENTENÇA DE INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PEDIDO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. A PROGRESSÃO DE REGIME OCORRE APÓS O RÉU INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA. REQUISITOS PARA PROGRESSÃO DE REGIME DEVEM SER OPOSTOS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para ser viável a progressão de regime de cumprimento de pena o réu já deve ter iniciado em regime mais severo.

II – O réu deve apresentar seus pleitos e comprovar seus requisitos para progressão de regime de cumprimento de pena, inicialmente, ao juízo de execução pena. O requerimento realizado diretamente aos tribunais configura supressão de instância, por se tratar de matéria de fato, bem como a necessidade de analisar as provas.

III – Recurso ordinário o qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 22 de novembro de 2016.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): MARCELO DE CARVALHO

ADV.(A/S): PEDRO BORGES DE MELO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Marcelo de Carvalho contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de *writ* lá manejado.

O recurso narra que recorrente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão pela prática do crime de associação para o tráfico (art. 35, combinado com o art. 40, I e V, ambos da Lei nº 11.343/2006), sendo fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

Inconformado, interpôs recurso de apelação e embargos de declaração no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que manteve a sentença recorrida.

Com o trânsito em julgado da condenação, os autos retornaram à origem. Foi, então, expedido mandado de prisão para início de cumprimento de pena, o qual ainda não foi cumprido.

A defesa entende que o recorrente tem direito ao início de cumprimento da reprimenda no regime aberto sob o argumento de que não existe estabelecimento penal próximo a sua residência e com vagas para receber novos presos no regime semiaberto.

Dessa forma, propôs *habeas corpus* (HC 343.139/SP) no STJ, que decidiu o *writ* nos seguintes termos:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. EXECUÇÃO DA PENA QUE AINDA NÃO SE INICIOU. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO PRÉVIO DO PACIENTE À PRISÃO. AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL NO *WRIT*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I – Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II – O pedido de fixação do regime aberto – aos argumentos de que já faria jus à progressão de regime; não haveria vaga no regime intermediário; e necessitaria concluir curso de graduação – não merece ser sequer conhecido, uma vez que não foi objeto de exame pelo eg. Tribunal de origem, não havendo como esta Corte proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

III – Da mesma forma, não há manifestação do Juízo das Execuções acerca do pedido de eventual progressão de regime, até porque não houve, ainda, o início do cumprimento da pena, constando dos autos a informação de que foi expedido mandado de prisão, até aquele momento (7/12/2015) ainda não cumprido.

IV – Não há como se pleitear benefícios que podem ser obtidos durante o cumprimento da pena se esse sequer se iniciou. Faz-se necessário o recolhimento prévio do paciente à prisão, para que seja expedida guia de execução definitiva e tenha início a competência do Juízo das Execuções (precedentes).

V – A avaliação da tese relativa à ausência de vagas em estabelecimento compatível com o regime semiaberto demandaria dilação probatória inviável no âmbito do *writ*, de cognição sumária, não sendo possível acolher o pedido com base em mera suposição (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido (HC 343.139/SP, Rel. Min. Felix Fischer).

Busca-se, com o presente recurso, a reforma do regime inicial de cumprimento, argumentando que:

[p]ortanto, com a devida vênia, o cerne da questão: (possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto), foi sim devidamente apreciado pelas instâncias inferiores e, não há que se falar em supressão de instância, podendo o *writ* ser conhecido, ainda que de ofício, para permitir que a continuidade do cumprimento da pena se reinicie pelo Regime Aberto.

12. Ante o exposto, requer seja dado integral provimento ao presente recurso ordinário constitucional, determinando-se a reforma do v. acórdão de fls. [sic] por ser medida de justiça (página 65 do documento eletrônico 4).

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou “pelo desprovemento do recurso” (página 4 do documento eletrônico 6), em parecer assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO. REGIME SEMIABERTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME ABERTO. QUESTÃO A SER EXAMINADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO (página 1 do documento eletrônico 6).

O *Parquet* embasou o parecer nos seguintes argumentos:

[...]

5. A pretensão é improcedente por vários fundamentos.

6. Primeiro, porque há, de fato, supressão de instância, tendo em vista que o recorrente não submeteu o seu pedido ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Não há prova sequer que o recorrente tenha submetido o seu pleito ao Juízo das Execuções.

7. O exame do trâmite do processo no *site* do TRF (Proc. 0000004- 68.2012.4.03.6120) evidencia que o Juiz, com o objetivo de dar início ao cumprimento da pena, determinou, em 10 de novembro de 2015, a expedição do mandado de prisão do recorrente, o qual não foi cumprido até o dia de hoje.

8. De modo que a análise do pedido originariamente por essa Suprema Corte importa em supressão de instância, com grave violação às regras constitucionais de competência.

9. Segundo, não há prova nos autos de que não há vaga em estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto. A afirmação da inexistência de vaga é fruto de uma presunção da Defesa, que não pode ser aceita, tendo em vista que, em *habeas corpus*, a prova dos fatos é documental e pré-constituída.

10. Terceiro, não há decisão judicial que tenha concedido ao recorrente o regime aberto. A sentença condenatória impôs-lhe o regime semiaberto, que foi confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da apelação.

11. Se o recorrente acha que tem direito ao regime aberto, deve levar o seu pleito ao Juiz da Execução, após apresentar-se para dar início ao cumprimento da pena.

12. No sistema brasileiro, tal como ocorre na maior parte dos países civilizados, quem fixa o regime de cumprimento da pena é o Juiz e não o réu ou a sua defesa.

13. Assim, seja por qual for a ótica que se examine a questão, não há como se acolher o pleito, sob pena de ruptura do sistema vigente. O recorrente teve a sua prisão decretada para início de cumprimento da pena que lhe foi imposta por sentença transitada em julgado e deve submeter-se à determinação judicial, levando os seus pleitos ao Juízo, que sobre eles proferirá decisão (páginas 3 e 4 do documento eletrônico 6).

É o relatório.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, entendo não assistir razão à parte recorrente, eis que a decisão recorrida ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada por este Supremo Tribunal na matéria em exame.

O recorrente argumenta, quanto à violação da supressão de instância, que:

[e]mbora o paciente não tenha submetido ao tribunal *a quo* a discussão sobre inexistência de vagas em regime adequado e necessidade de concluir seus estudos, é certo que sobre o principal argumento, possibilidade de dar continuidade ao cumprimento da pena em regime aberto, as instâncias anteriores apreciaram a matéria e, portanto, não há que se falar em “supressão de instância”, como entendeu a Colenda 5ª Turma, com a devida vênia! (página 63 do documento eletrônico 4).

Verifica-se que a tese da defesa baseia-se nos seguintes pontos: i) direito na progressão de regime de semiaberto para aberto; ii) inexistência de vaga no sistema carcerário para o regime semiaberto; e iii) a necessidade do recorrente de terminar seus estudos no curso de graduação.

Observo que tais elementos não foram apresentados ao tribunal de origem ou mesmo ao STJ, não sendo possível esta Corte proceder a análise pela primeira vez, sob pena de supressão de instância.

Corroboro o entendimento do STJ, em afirmar que:

[...]

não há manifestação do Juízo das Execuções acerca do pedido de eventual progressão de regime, até porque não houve, ainda, o início do cumprimento da pena.

[...]

Por outro lado, o art. 674 do CPP e o art. 105 da LEP são expressos no sentido de que a guia de recolhimento para a execução penal somente será expedida após o trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade, quando o condenado estiver ou vier a ser preso. O processo de execução penal, portanto, só terá início com a autuação e registro da guia de recolhimento (página 52 do documento eletrônico 4).

É que o benefício legal de progressão de regime de cumprimento de pena deve ocorrer, logicamente, após iniciar o cumprimento da pena, pois, conforme consta nos autos, o mandado de prisão ainda não foi cumprido.

Para o recorrente pleitear a mudança do regime semiaberto para o aberto, deve estar cumprindo a pena no regime semiaberto, o que não ocorre.

Outro ponto combatido no recurso é a inexistência de vagas para novos presos no sistema semiaberto na cidade de Ribeirão Preto/SP.

Ocorre que, não consta nos autos esta informação, trata-se de uma alegação do recorrente sem provas no processo. Até porque, somente o juiz de execução penal é a autoridade apta a decidir sobre a existência ou não da vaga no regime semiaberto.

E finalmente, quanto a intenção do recorrente em continuar seus estudos de graduação, também é uma medida a ser estudada oportunamente pelo juízo de execução da pena, pois existe a possibilidade no art. 122, II, da Lei de Execuções Penais.

Este também é o entendimento da Procuradoria-Geral da República, quando diz:

[...]

13. Assim, seja por qual for a ótica que se examine a questão, não há como se acolher o pleito, sob pena de ruptura do sistema vigente. O recorrente teve a sua prisão decretada para início de cumprimento da pena que lhe foi imposta por sentença transitada em julgado e deve submeter-se à determinação judicial, *levando os seus pleitos ao Juízo, que sobre eles proferirá decisão.*

14. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovemento do recurso (página 4 do documento eletrônico 6 - grifos meus).

Isso posto, pelas razões expostas, nego provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

É o meu voto.

**SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA**

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S): MARCELO DE CARVALHO

ADV.(A/S): PEDRO BORGES DE MELO (SP162478/)

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 22.11.2016.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes, em face da participação no Colóquio sobre Financiamento de Partidos Políticos e Campanhas Eleitorais, realizado em Montevidéu, Uruguai.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira

Secretária