

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: HABEAS CORPUS CRIMINAL n. 8012154-59.2024.8.05.0000

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

PACIENTE: KAI0 ALVES SANTANA e outros

Advogado (s):

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DE EUNÁPOLIS, 1ª VARA CRIME, JÚRI, EXECUÇÕES
PENAIIS E INFÂNCIA E JUVENTUDE

Advogado (s):

ACORDÃO

EMENTA: HABEAS CORPUS. JULGAMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU. MODIFICAÇÃO DA PENA PARA 07 (SETE) ANOS, 09 (NOVE) MESES E 10 (DEZ) DIAS. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO CÁLCULO DA PENA. VERIFICADA. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME FIXADO. DIREITO DO PACIENTE. ENTENDIMENTO DO STJ E DO STF, FIRMADO EM SÚMULA VINCULANTE. PROGRESSÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REQUISITO SUBJETIVO – ATESTADO DE CONDUTA EMITIDO PELO DIRETOR DO PRESÍDIO. NECESSIDADE DE OFICIAR O JUÍZO PRIMEVO PARA INSTAURAR O INCIDENTE DE PROGRESSÃO DE REGIME. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO PARCIAL. WRIT CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Instituto do Habeas Corpus, consagrado em praticamente todas as nações do mundo, no direito brasileiro com previsão expressa no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, bem como no Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia (art. 256 e ss.), ganhou de ação autônoma de

impugnação 6 status na doutrina e tem como pilar garantir a liberdade ante a existência de eventual constrangimento ilegal, seja quando já há lesão à liberdade de locomoção, seja quando o paciente está ameaçado de sofrer restrição ilegal a esta liberdade.

2. O presente writ tem como questão nuclear o suposto constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, preso desde 04/10/2020, diante da ausência de movimentação processual do Juízo de Execução Penal quanto ao pleito formulado para transferência do paciente para o regime semiaberto, atualização dos cálculos da pena, instauração de incidente de progressão de regime e emissão do atestado de conduta.

3. No caso sub examine, alega o impetrante que em 01 de agosto de 2023 teve o seu recurso de apelação parcialmente provido, sendo reduzida sua pena para 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, bem como modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto. Diante de tal alteração e do fato de o paciente já estar preso desde 04/10/2020, fora solicitado, em 01/12/2023, ao Juízo de Execução Penal, a transferência do réu para o regime semiaberto, a atualização dos cálculos da pena e a instauração de incidente de progressão de regime com pedido de ofício a unidade prisional para acostar o atestado de conduta. Ocorre que, até o presente momento, não fora realizada qualquer movimentação processual.

4. O primeiro ponto a se destacar é que o paciente, consoante se extrai da Apelação nº 0500615-96.2020.8.05.0201, fora condenado à pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto. É direito dele ter o cálculo da pena atualizado e ser transferido para estabelecimento compatível com o regime fixado, não podendo, portanto, continuar a cumprir a pena no regime fechado.

5. Trata-se a progressão da pena de uma medida político-criminal, cujo escopo é estimular o condenado, de modo a individualizar a pena daquele que tem bom comportamento e que trabalha durante o cumprimento do regime, criando nele uma expectativa de retorno à sociedade.

6. Para se aferir a possibilidade de progressão da pena, o condenado deverá cumprir requisitos de ordem objetiva (tempo mínimo de cumprimento da pena) e subjetiva (mérito do apenado). In casu, ainda que o paciente tenha, porventura, preenchido o requisito objetivo, necessita comprovar o cumprimento do subjetivo, razão pela qual seria temerário deferir a progressão da pena.

7. Malgrado não se possa conferir a progressão da pena sem a certificação do bom comportamento do réu pelo Diretor do Presídio, deve-se oficialar o Juízo de Execução para que cumpra seu dever de instaurar o incidente de progressão de regime, com a consequente provocação do Diretor de Presídio para que emita o atestado de conduta.

WRIT CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 8012154-59.2024.8.05.0000, em que figuram como impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e como paciente KAI0 ALVES SANTANA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM MANDAMENTAL, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões,

Presidente

Des. Geder Luiz Rocha Gomes

Relator

Procurador (a) de Justiça

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Concessão em parte Por Unanimidade
Salvador, 25 de Março de 2024.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: HABEAS CORPUS CRIMINAL n. 8012154-59.2024.8.05.0000

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

PACIENTE: KAI0 ALVES SANTANA e outros

Advogado (s):

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DE EUNÁPOLIS, 1ª VARA CRIME, JÚRI, EXECUÇÕES PENAIIS E INFÂNCIA E JUVENTUDE

Advogado (s):

RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Habeas Corpus, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA em favor de KAI0 ALVES SANTANA, contra ato do JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIME, JÚRI, EXECUÇÕES PENAIIS, INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE EUNÁPOLIS, ora apontado como autoridade coatora, objetivando a progressão da pena.

Aduz que: “Em 01/08/23, portanto, há 6 meses, ou 206 dias, o paciente teve seu recurso de apelação parcialmente provido nos autos da AP nº 0500615-96.2020.8.05.0201 para o fim de reduzir sua pena definitiva de 10 anos, 2 meses e 20 dias para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, modificado o regime inicial de fechado para semiaberto (doc. 01). Desse modo, em 01/12/2023, a DEFENSORIA PÚBLICA, nos autos da execução penal 2000024-67.2022.8.05.0079, requereu a transferência do sentenciado, ora paciente, para o regime semiaberto, a atualização dos cálculos e a instauração de incidente de progressão de regime com pedido de ofício a unidade prisional para acostar o atestado de conduta (doc. 02). Isso porque o paciente está preso desde 04/10/2020 e já teria cumprido mais de 2/5 da pena (doc. 03). Contudo, até o presente momento, não houve qualquer

movimentação processual (doc. 04), permanecendo paciente no regime diverso da condenação e mais gravoso, no fechado”.

Relata que: “A manutenção do paciente há mais de 6 meses no regime mais grave configura constrangimento ilegal e inobservância da Súmula Vinculante 56 do STF”.

Informa que: “da sua pena de 7 anos, 9 meses e 20 dias, caberia ele cumprir 2/5 – ou, especificamente, 3 anos, 1 mês e 10 dias da sua pena – para implementar o requisito objetivo, o que se deu há mais de 3 meses, em 14/11/2023, tendo em vista que o sentenciado encontra-se preso desde 04/10/2020”.

Menciona que: “a ausência de qualquer movimentação vai contra o Provimento CGJ nº 01/2023, desde Egrégio Tribunal de Justiça, que no seu art. 15 preconiza que o incidente de progressão de regime deverá ser instaurado com 30 dias de antecedência, cabendo, neste interregno, ser oficiada a unidade prisional para acostar o atestado de conduta”.

Ao final, requer que: “uma vez demonstrado o fumus boni iuris e de periculum in mora, pugna-se pela concessão da ordem de habeas corpus, inicialmente sob a forma de LIMINAR, para permitir ao paciente aguardar em regime aberto ou, subsidiariamente no semiaberto, até a apreciação do pedido de progressão e, NO MÉRITO, (i) para transferi-lo, inicialmente, para o regime semiaberto, da condenação, e, sucessivamente, (ii) progredi-lo ao regime aberto ou (iii) para fixar prazo para autoridade coatora apreciar os pedidos formulados pela defesa”.

Em decisão de ID 57722697, fora parcialmente deferido o pedido liminar, determinando-se a transferência do paciente para estabelecimento penal compatível com o regime da condenação, ou seja, semiaberto, bem como solicitadas informações ao Juízo Primevo, as quais foram prestadas ao ID 58090859.

Distribuído a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me sua relatoria.

Remetidos os autos à Douta Procuradoria de Justiça, por sua vez, a ilustre Procuradora de Justiça Marilene Pereira Mota opinou pelo conhecimento e concessão parcial da ordem, nos termos do parecer ministerial de ID 58297250.

Encaminhem-se os autos à Secretaria da Segunda Câmara Criminal, salientando, por oportuno, que o presente recurso é passível de sustentação oral, nos termos do art. 187, inc. II, do Regimento Interno deste Tribunal.

Salvador, data da assinatura eletrônica.

Des. Geder Luiz Rocha Gomes
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: HABEAS CORPUS CRIMINAL n. 8012154-59.2024.8.05.0000

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

PACIENTE: KAI0 ALVES SANTANA e outros

Advogado (s):

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DE EUNÁPOLIS, 1ª VARA CRIME, JÚRI, EXECUÇÕES
PENAIIS E INFÂNCIA E JUVENTUDE

Advogado (s):

VOTO

1. Do cabimento

O instituto do Habeas Corpus, consagrado em praticamente todas as nações do mundo, encontra previsão expressa no direito brasileiro no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal [1]. Em âmbito interno, seu procedimento está previsto nos artigos 256 [2] e seguintes do Regimento Interno do TJ-BA.

A expressão possui origem etimológica no latim: habeo/habere significa exibir ou trazer e corpus/corporis significa corpo, ou seja, apresentar/

mostrar o corpo de quem estava privado de sua liberdade ao julgador para que este pudesse averiguar a regularidade da prisão.

Possui status de ação autônoma de impugnação, tendo como pilar garantir a liberdade ante a existência de eventual constrangimento ilegal, seja quando já há lesão à liberdade de locomoção, seja quando o paciente está ameaçado de sofrer restrição ilegal a esta liberdade.

Ao tratar da origem desse remédio constitucional Ingo Wolfgang Sarlet [3], assim leciona: “Apontados também como antecedentes históricos o *interdictum de homine libero exhibendo* romano, o procedimento de manifestación de personas aragonês e a carta de seguro lusitana, a origem mais direta do habeas corpus decorre da prática judicial inglesa a partir do século XIII. Dentre as garantias outorgadas pelo Rei João Sem-Terra, em 1215, aos barões ingleses, por meio da Magna Charta Libertatum, destacou-se o instrumento do writ of habeas corpus ad subjiciendum, voltado à imediata apresentação do preso em juízo, com a finalidade de apreciação da regularidade do encarceramento. Aperfeiçoada a prática com o passar do tempo, surgiram os Habeas Corpus Acts de 1679 e de 1816. Da Inglaterra, o instrumento foi levado aos Estados Unidos, onde ganhou, em 1787, status constitucional. No Brasil, foi o Código Criminal do Império, de 1832, o primeiro ato normativo a prever o writ, já que a Constituição de 1824, apesar de tutelar o direito à liberdade, deixou de contemplar a figura do habeas corpus. Em 1871, a Lei n. 2.033 estendeu a garantia aos estrangeiros e, posteriormente, a Constituição de 1891 inaugurou a história constitucional do instituto.”

Acerca da evolução do referido instituto no ordenamento jurídica pátrio, seguem os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes[4]:

“O habeas corpus configura proteção especial tradicionalmente oferecida no sistema constitucional brasileiro.

Não constava, porém, da Constituição de 1824, tendo sido contemplado, inicialmente, no Código de Processo Criminal, de 1832, e posteriormente ampliado com a Lei n. 2.033, de 1871.

A Constituição de 1891 estabeleceu, no art. 72, § 22: “dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”.

A formulação ampla do texto constitucional deu ensejo a uma interpretação que permitia o uso do habeas corpus para anular até mesmo ato administrativo que determinara o cancelamento de matrícula de aluno em escola pública, para garantir a realização de comícios eleitorais, o exercício de profissão, dentre outras possibilidades.

A propósito, observam Ada Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes:

“Na verdade, três posições firmaram-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o habeas corpus, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do habeas corpus não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o habeas corpus, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas” [68].

Esse desenvolvimento foi cognominado de “doutrina brasileira do habeas corpus”.

Em 1926, o habeas corpus teve seu âmbito de proteção reduzido, ficando vedada a sua aplicação para proteção de outros direitos que não a liberdade de ir e vir (“Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofre violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”).

Todas as demais Constituições brasileiras, sem qualquer exceção, incorporaram a garantia do habeas corpus (Constituição de 1934, art. 113, n. 23; Constituição de 1937, art. 122, n. 16; Constituição de 1946, art. 141, § 23; Constituição de 1967/69, art. 150, § 20). Durante todo esse tempo, essa garantia somente foi suspensa pelo Ato Institucional n. 5, de 1968, no que concerne aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.”

Ainda sobre a origem e evolução do Habeas Corpus, Dante Busana [5] assevera com maestria: “Criatura da common law, o habeas corpus tem história curiosa. Evoluiu no curso dos séculos, lentamente, como evolui a sociedade, com avanços e recuos, até consolidar-se como suprema garantia do indivíduo contra detenções ilegais” (...) “A doutrina inglesa vê no habeas corpus um writ de prerrogativa (prerogative writ) com aplicação predominante sobre qualquer espécie de processo. De caráter extraordinário e natureza subsidiária, porém, fica seu cabimento excluído quando exista outro meio eficaz de proteger a liberdade de locomoção” (...) “Produto de importação, planta exótica maturada lentamente em contexto cultural diverso, sem deixar de ser meio eficiente de controle do poder, o habeas corpus ajustou-se ao novo ambiente, nacionalizou-se, adquiriu características próprias e lançou raízes em nossa consciência jurídica, nunca merecendo as justas críticas feitas a outros institutos para aqui

transplantados. Suas transformações acompanharam às da sociedade brasileira e suas crises coincidiram com as de nossas liberdades públicas, de que se tornou símbolo e medida”

Na melhor dicção do Professor Gaúcho Aury Lopes Júnior[6]: “O habeas corpus brasileiro é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, em suas mais diversas formas, inclusive contra atos jurisdicionais e coisa julgada. A efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes.”

Acrescenta o citado autor [7]: “A ação destina-se a garantir o direito fundamental à liberdade individual de ir e vir (liberdade deambulatória). Quando se destina a atacar uma ilegalidade já consumada, um constrangimento ilegal já praticado, denomina-se habeas corpus liberatório (sua função é de liberar da coação ilegal). Mas o writ também pode ser empregado para evitar a violência ou coação ilegal em uma situação de iminência ou ameaça. Nesse caso, denomina-se habeas corpus preventivo. É importante sublinhar que a jurisprudência prevalente (inclusive no STF) é no sentido de que não terá seguimento o habeas corpus quando a coação ilegal não afetar diretamente a liberdade de ir e vir. Neste sentido, entre outros, estão as Súmulas 693 e 695 do STF.”

Para Renato Brasileiro[8]: “desde que subsista constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, o habeas corpus poderá ser utilizado a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria”.

Prossegue Busana [9] trazendo à baila a previsão do Instituto do Habeas Corpus, na Constituição Cidadã de 1988, reafirmando o seu prisma eminentemente constitucional, senão vejamos: “Na Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988, como nas que a precederam na república, o habeas corpus figura sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’ (Título II, Capítulo I), a sugerir que a Carta Magna, na linha das antecessoras, considerou coisas diversas os direitos e as garantias embora sem traçar-lhes a distinção. Distinção que Rui Barbosa fez com a habitual maestria e a doutrina moderna continua a agasalhar. Assim, escreve Jorge Miranda: ‘Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projetam pelo nexos que possuem com os direitos.’ E prossegue: ‘As liberdades são formas de manifestação

das pessoas; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado; as liberdades envolvem sempre a escolha entre o 'facere' e o 'non facere' ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de atuação do Estado ou das próprias pessoas. As liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada”

Em relação aos requisitos de admissibilidade desta ação constitucional, curial trazer aos autos, novamente, a doutrina de Renato Brasileiro[10]:

Sobre o interesse de agir:

“Para que o habeas corpus possa ser utilizado, o texto constitucional exige que alguém sofra ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção em virtude de constrangimento ilegal”. p.1851

Sobre a possibilidade jurídica do pedido:

“O pedido formulado pela parte deve referir-se a uma providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o pedido deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, referindo-se a uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo.” p.1859

Sobre a legitimidade ativa e passiva:

“Em sede de habeas corpus, é importante distinguir as figuras do impetrante e do paciente. O legitimado ativo, leia-se, impetrante, é aquele que pede a concessão da ordem de habeas corpus, ao passo que paciente é aquele que sofre ou que está ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.”p.1860

“(…) o legitimado passivo no âmbito do habeas corpus – autoridade coatora

ou coator – é a pessoa responsável pela violência ou coação ilegal à liberdade de locomoção do paciente. “ p.1866

In casu, verificada a presença dos requisitos de admissibilidade exigidos para o manejo desta ação constitucional de habeas corpus, esta deverá ser conhecida, razão pela qual passo à análise do mérito.

2. Do mérito

O presente writ tem como questão nuclear o suposto constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, preso desde 04/10/2020, diante da ausência de movimentação processual do Juízo de Execução Penal quanto ao pleito formulado para transferência do paciente para o regime semiaberto, atualização dos cálculos da pena, instauração de incidente de progressão de regime e emissão do atestado de conduta.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXI [11] , traz a previsão de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Nas palavras de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[12]: “O dispositivo examinado, portanto, integra a tradição constitucional do direito brasileiro de exigir a reserva de jurisdição para a decretação de prisão, com exceção do flagrante delito e das infrações militares.”

Mais adiante, no inciso LXV [13], o dispositivo legal supracitado normatiza que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Penal, no art. 647 [14], determina que se dará habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar, trazendo situações exemplificativas no seu art. 648 [15].

Desta feita, em ocorrendo uma prisão ilegal deve esta ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária e o paciente posto incontinenti em liberdade. Nas palavras do processualista Renato Brasileiro [16]:

“Segundo o art. 5º, LXV, da Constituição Federal, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.” Firma o dispositivo constitucional o direito subjetivo de todo e qualquer cidadão de ter restabelecida sua liberdade de locomoção caso sua prisão tenha sido levada a efeito fora dos balizamentos legais. Esse vício, que macula a custódia de ilegal, pode se apresentar desde a origem do ato de constrição à liberdade de locomoção ou mesmo no curso de sua incidência: em ambas as hipóteses, deve ser reconhecida a ilegalidade da prisão, com seu consequente relaxamento.

Relaxar a prisão significa reconhecer a ilegalidade da restrição da liberdade imposta a alguém, não se restringindo à hipótese de flagrante delito. Conquanto o relaxamento seja mais comum nas hipóteses de prisão em flagrante delito, dirige-se contra todas as modalidades de prisão, desde que tenham sido levadas a efeito sem a observância das formalidades legais. Assim, a título de exemplo, deve ser relaxada a prisão nos casos de flagrante preparado ou forjado; lavratura do auto de prisão em flagrante sem a observância das formalidades legais; prisão preventiva decretada por juiz incompetente; prisão automática ou obrigatória para apelar ou em virtude de decisão de pronúncia; prisão preventiva sem fundamentação; prisão preventiva com excesso de prazo; prisão temporária além do prazo preestabelecido ou em relação a delito que não a comporte.

O relaxamento da prisão ilegal não tem natureza de medida cautelar, nem tampouco de medida de contracautela, funcionando, na verdade, como garantia do réu em face do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção decorrente de prisão ilegal. Como observa Garcez Ramos, “o relaxamento da prisão em flagrante, por ser providência que não apresenta as características da cautelaridade (não é baseada na aparência nem é temporária), nem da antecipação de tutela (não tem referibilidade com o direito material que se discute no processo principal), pode ser definido como uma medida de urgência fundada no poder de polícia da autoridade judiciária. Como se trata de um poder propenso à defesa da ordem jurídica e, na hipótese, à proteção do direito constitucional de liberdade de ir e vir, que só pode ser coarctado com base em título legítimo, o juiz protege-a de ofício ou a requerimento das partes, na primeira ocasião em que a prisão preventiva aparentar ilegalidade”. (...).”

Sobre o tema, cite-se a doutrina de Eugênio Pacelli[17]:

“(...) A palavra relaxamento significa unicamente uma via de controle da legalidade da prisão, independentemente da modalidade, não se restringindo à hipótese de flagrante delito, embora a sua aplicação prática, em regra, ocorra em relação a essa.

Assim, chegando ao conhecimento da autoridade judicial a existência de uma prisão ilegal, deverá ela, nos limites de seu poder jurisdicional, determinar incontinenti o seu relaxamento.

É o que se encontra no art. 649 do CPP, que autoriza a concessão ex officio do habeas corpus, com fundamento na ilegalidade da coação, cujas hipóteses, ou melhor, em que algumas delas, encontram-se explicitadas também no art. 648.

O relaxamento da prisão ocorrerá, portanto, em todos os casos de ilegalidade, dirigindo-se contra todas as modalidades de prisão previstas no Código de Processo Penal, desde que tenham sido determinadas sem a observância das previsões legais, dentre os quais, como já visto (item 11.9, relativo ao ato prisional), o uso indevido e abusivo das algemas, quando manifesta a desnecessidade da medida. No particular, renova-se a observação no sentido de que somente o exame de cada caso concreto poderá demonstrar a efetiva desnecessidade das algemas, não havendo qualquer critério a priori que possa antecipar eventual ilegalidade (prisão de mulher? de idoso?). (...)."

Ainda sobre o assunto, convém trazer à baila as lições de Aury Lopes Jr. [18]: "(...) 1. Relaxamento da prisão em flagrante ou preventiva: é sinônimo de ilegalidade da prisão, aplicando -se tanto à prisão em flagrante como também à preventiva. Toda prisão cautelar ou pré -cautelar (flagrante) que não atenda aos requisitos legais anteriormente analisados é ilegal e deve ser imediatamente relaxada (art. 5º, LXV, da CF), com a consequente liberdade plena do agente. Assim, deve se relaxar a prisão nos casos de flagrante forjado, provocado e preparado; prisão preventiva decretada por juiz incompetente ou de ofício; a prisão automática ou obrigatória para apelar ou em virtude da decisão de pronúncia; a prisão preventiva sem fundamentação; a permanência de alguém preso a título de "prisão em flagrante" (pois se trata de medida pré -cautelar, como explicado anteriormente) etc. Também é caso de relaxamento quando a ilegalidade é posterior, como exemplifica BADARÓ, citando o excesso de prazo da prisão preventiva." (grifos no original)

Em arremate, transcreva-se os seguintes comentários de Norberto Avena [19]: "Relaxamento da prisão: A expressão relaxamento da prisão, classicamente, sempre foi utilizada para definir a decisão judicial que invalida a prisão em flagrante, por reconhecer a ilegalidade de sua realização (atipicidade do fato, a efetivação da prisão ao arrepio da lei, a lavratura do auto com inobservância das formalidades previstas em lei e na Constituição etc.). Independentemente, na atualidade, há a forte tendência na doutrina e na jurisprudência em se utilizar o verbo relaxar para a cessação de qualquer prisão ilegal (e não apenas o flagrante), em razão do que dispõe o art. 5.º, LXV, da CF, ao estabelecer que a prisão ilegal (qualquer forma de prisão, portanto) será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. Neste contexto, uma prisão preventiva, por exemplo, decretada por meio de decisão não fundamentada ou em relação a crime que não a autoriza, está sujeita a relaxamento. O mesmo se diga em relação à prisão temporária."

No caso sub examine, alega o impetrante que em 01 de agosto de 2023 teve o seu recurso de apelação parcialmente provido, sendo reduzida sua pena para 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, bem como modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Diante de tal alteração e do fato de o paciente já estar preso desde 04/10/2020, fora solicitado, em 01/12/2023, ao Juízo de Execução Penal, a transferência do réu para o regime semiaberto, a atualização dos cálculos da pena e a instauração de incidente de progressão de regime com pedido de ofício a unidade prisional para acostar o atestado de conduta.

Ocorre que, até o presente momento, não fora realizada qualquer movimentação processual.

O primeiro ponto a se destacar é que o paciente, consoante se extrai da Apelação nº 0500615-96.2020.8.05.0201, fora condenado à pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto. É direito dele ter o cálculo da pena atualizado e ser transferido para estabelecimento compatível com o regime fixado, não podendo, portanto, continuar a cumprir a pena no regime fechado.

O regime semiaberto, previsto no art. 35 do Código Penal, consiste no cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou similar.

Art. 35 – Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º – O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º – O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, por diversas vezes, que consiste constrangimento ilegal o réu cumprir a pena em regime mais gravoso do que o fixado, ressaltando, inclusive, que o constrangimento persiste mesmo que não haja vaga no estabelecimento compatível. Veja-se:

COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. CONCESSÃO EM CARÁTER EXCEPCIONAL. SÚMULA VINCULANTE N. 56 DO STF. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Suprema Corte já editou a Súmula Vinculante n. 56, a qual determina que "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar nessa hipótese os parâmetros fixados no RE 641.320" 2. Assim, nos casos em que o apenado, por inexistência de vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime que lhe foi imposto, estiver cumprindo pena em regime mais gravoso, é permitida, excepcionalmente, a sua permanência em regime mais benéfico, in casu, o aberto ou a prisão domiciliar, até o surgimento de vaga em local adequado. 3. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, determinar que o paciente seja imediatamente transferido para estabelecimento compatível com o regime semiaberto; na ausência de vaga, que aguarde em regime aberto e, a persistir o constrangimento ilegal, que lhe seja assegurada a prisão domiciliar em regime de monitoramento eletrônico, até o surgimento de vaga no regime intermediário, mediante as condições estabelecidas na decisão de primeiro grau.

(STJ – HC: 358978 RS 2016/0152228–1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/04/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. FALTA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL. PACIENTE QUE PERMANECE EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. Constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas no estabelecimento prisional adequado, devendo ser, excepcionalmente, permitido ao paciente o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar até o surgimento de vaga. Precedentes. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, determinar a remoção do paciente ao regime semiaberto ou, persistindo a falta de vagas, que aguarde em regime aberto ou em prisão domiciliar o surgimento de vaga, se por outros motivos não encontrar-se cumprindo pena em regime mais gravoso.

(STJ – HC: 344479 RS 2015/0310776–0, Relator: Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 03/03/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO. FALTA DE VAGA OU INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL. PACIENTE QUE PERMANECE EM REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas no estabelecimento prisional adequado, devendo ser, excepcionalmente, permitido ao paciente o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar até o surgimento de vaga. Precedentes. In casu, verifica-se que o Juízo da Execução demonstrou, por meio de provas concretas, com relatórios de inspeção na Penitenciária Industrial de Joinville, que a ala incluída para cumprimento no regime semiaberto não obedece aos parâmetros e requisitos para o cumprimento da pena, tendo inclusive ressaltado que no regime fechado os detentos possuem mais vantagens, pois podem estudar e trabalhar, e que o cumprimento de pena é no mesmo local, ficando recolhidos em alas com muralha, grades, arames farpados e segurança externa. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, persistindo a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, seja permitido ao paciente o desconto de sua reprimenda no regime aberto ou, inexistindo casa de albergado ou vaga no regime mais brando, que aguarde o surgimento em prisão domiciliar, exceto se por outro motivo estiver preso em regime mais gravoso.

(STJ – HC: 425276 SC 2017/0298669–8, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 07/06/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2018)

Na linha deste entendimento, o Supremo Tribunal editou a súmula vinculante nº 56, segundo a qual: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Assim, entendo adequada a transferência do paciente para estabelecimento compatível com o regime semiaberto, conforme consta de decisão liminar anteriormente deferida (ID 57722697) , in verbis:

“Dessarte, sem que esta decisão vincule o entendimento deste Relator acerca do mérito, uma vez que não deve ser descartada a possibilidade de se chegar à conclusão diversa após minuciosa análise, DEFIRO parcialmente o pedido liminar para determinar a transferência do paciente para estabelecimento compatível com o regime semiaberto”.

Assim, entendo adequada a transferência do paciente para estabelecimento compatível com o regime semiaberto.

Nesse mesmo sentido opina a Procuradoria de Justiça:

“De fato, ao consultar detidamente os autos do presente habeas corpus, verifica-se que o Paciente faz jus à alteração do regime de pena para o semiaberto

(...)

Desse modo, verifica-se nos mencionados autos, que a determinação judicial foi cumprida, vez que já se operou a alteração do cálculo da pena e já determinou a inserção do paciente ao regime semiaberto.

Como se sabe, a súmula vinculante nº 56 do STF dispõe que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

Nesse diapasão, tendo sido demonstrado que o Paciente estava cumprindo a pena em regime prisional mais gravoso, restou configurada a ilegalidade, a qual foi reparada pelo nobre Relator.

Ante o exposto, esta Procuradoria de Justiça, alinhada com a jurisprudência dos tribunais superiores, se manifesta pela CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM CONFIRMANDO A MEDIDA LIMINAR, devendo o Paciente ser encaminhado para o estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto”.

Feita esta análise, passo, agora, à análise da progressão da pena.

Adota-se, no Brasil, o sistema progressivo das penas. Entende-se, por este sistema, que as penas privativas de liberdade serão cumpridas em forma progressiva, com a transferência do réu do regime mais gravoso para o menos gravoso, acaso preencha os requisitos legais descritos no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Homenageia-se, aqui, o princípio da individualização da pena.

Sobre o referido princípio, Guilherme de Souza Nucci [20] ensina que: “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de

especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto”.

Trata-se a progressão da pena de uma medida político-criminal, cujo escopo é estimular o condenado, de modo a individualizar a pena daquele que tem bom comportamento e que trabalha durante o cumprimento do regime, criando nele uma expectativa de retorno à sociedade.

Para se aferir a possibilidade de progressão da pena, o condenado deverá cumprir requisitos de ordem objetiva (tempo mínimo de cumprimento da pena) e subjetiva (mérito do apenado).

Quanto aos requisitos objetivos, prevê o art. 112 da Lei de Execução Penal o quantum que o condenado deve cumprir da pena para poder beneficiar-se a progressão. Veja-se:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I – 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;
ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Já o requisito subjetivo consiste no mérito do apenado, o qual é revelado por meio do bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo Diretor do presídio. É o que dispõe o parágrafo primeiro do dispositivo supracitado.

In casu, ainda que o paciente tenha, porventura, preenchido o requisito objetivo, necessita comprovar o cumprimento do subjetivo, razão pela qual seria temerário deferir a progressão da pena.

Ressalte-se que o Magistrado, ao prestar informações, ressaltou a adequação do regime e a alteração do cálculo da pena, mas nada teceu sobre a progressão do regime.

Deste modo, malgrado não se possa conferir a progressão da pena sem a certificação do bom comportamento do réu pelo Diretor do Presídio, deve-se oficiar o Juízo de Execução para que cumpra seu dever de instaurar o incidente de progressão de regime, com a consequente provocação do Diretor de Presídio para que emita o atestado de conduta.

In terminis, percebe-se, por todos os fundamentos mencionados, que a argumentação delineada pela Defesa Técnica do Paciente para o resultado positivo do writ deve prosperar parcialmente.

3. Conclusão

Ex vi positis e à luz dos dispositivos legais concernentes à matéria, CONHEÇO E CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM DE HABEAS CORPUS ora requerida, confirmando-se a liminar parcialmente concedida, para determinar a transferência do paciente para estabelecimento compatível com o regime semiaberto e operar a alteração do cálculo da pena.

Oficie-se o Juízo de Execução para que cumpra seu dever de instaurar o incidente de progressão de regime, com a consequente provocação do Diretor de Presídio para que emita o atestado de conduta.

Salvador, de de 2024.

Des. Geder Luiz Rocha Gomes

Relator

GRG III

[1]

[1] Art. 5º. Omissis.

(...)

LXVIII – conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

[2]

[2] Art.2566 – O habeas corpus pode ser concedido, de ofício, no curso de qualquer processo, ou impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, e pelo Ministério Público.

[3]

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à constituição do Brasil. 2. ed. SaraivaJur.

[4]

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[5] O Habeas Corpus no Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 14, 17 e 24.

[6]

[6] Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 1743

[7] Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., pp. 1744/1745.

[8] Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1848.

[9] Idem, p. 31

[10] Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

[11]

[11] Art. 5º. Omissis.

(...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[12]

[12] CANOTILHO, J.J Gomes. Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho...[et al.] ; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[13]

[13] Art. 5º. Omissis.

(...)

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

[14]

[14] Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

[15]

[15] Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade.

[16]

[16] LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

[17]

[17] PACELLI, Eugênio Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

[18]

[18] LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 6. ed. São Paulo : SaraivaJur.

[19]

[19] AVENA, Norberto Processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

[20] NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena, p. 30.