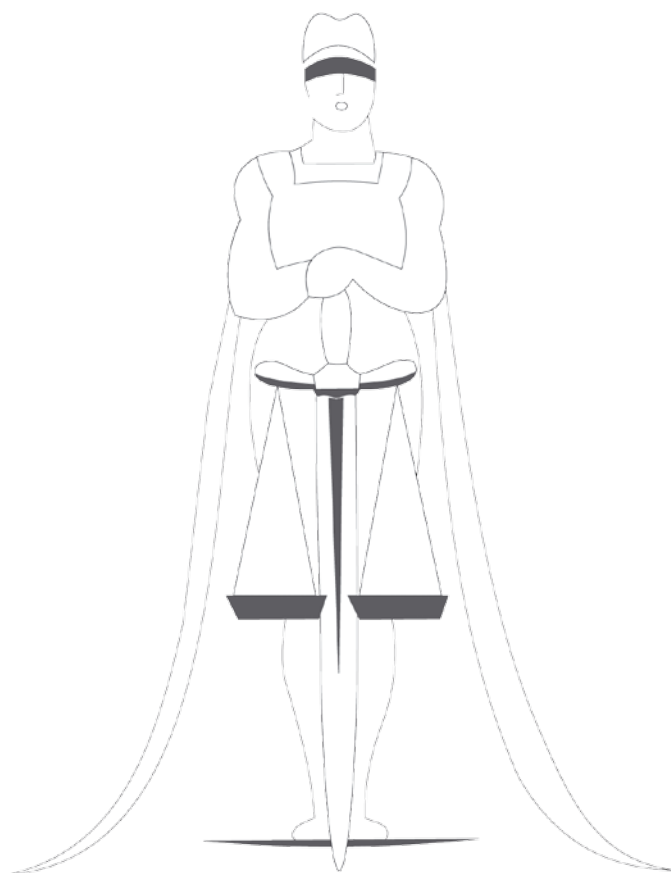


# MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS

MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS





**CRIMINAL*****Habeas Corpus – Alegação de Nulidade Processual – Prisão Regulamente Executada e Decretada Judicialmente – Ausência de Prejuízo***

Antonio de Padua Bertone Pereira

Procurador de Justiça – SP \_\_\_\_\_

HABEAS CORPUS Nº 0167651-77.2011.8.26.0000

Impetrantes: Erik Saddi Arnesen e Paula H. Aagaard

Paciente: Alexandre Alves Benedetti

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

O presente pedido de *habeas corpus* foi impetrado sob alegação de estar o paciente Alexandre Alves Benedetti padecendo de constrangimentos ilegais, impostos pelos MM. Juízes de Direito da 28ª Vara Criminal da Capital, consistentes em não reconhecer nulidades *ab initio* nos processos nº 050.11.014804-5 e nº 050.11.014802-9, que responde por ter infringido, várias vezes, o art. 157, § 2º, incisos I e II, combinado com o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal.

Aduzem os impetrantes, para embasar a pretensão de ser reconhecida nulidade em ambos os feitos, com a conseqüente concessão de liberdade para o paciente, que foi ele detido sem que houvesse estado de flagrância ou mesmo mandado de prisão expedido por autoridade competente “*anterior à sua condução coercitiva (inclusive com uso de algemas) ao Distrito Policial*”, situação que afronta o disposto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e, conseqüentemente, determina a anulação dos processos desde a fase investigatória.

Indeferida pelo I. Desembargador Relator a requerida liminar, pois medida excepcional cujos pressupostos não estão presentes no caso em questão (fls. 105/v), a D. Autoridade impetrada, juntando documentos, informou que, em ambos os casos, a prisão preventiva do paciente foi decretada, e que o feito nº 050.11.014804-5 já foi sentenciado, com a condenação do paciente à pena de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais pagamento de 19 (dezenove) dias multa, no menor valor

unitário, por infringir, três vezes, o art. 157, § 2º, incisos I e II, combinado com o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal; com relação ao feito nº 050.11.014802-9, segue ele regularmente dentro dos prazos processuais, estando aguardando apresentação das alegações finais pelas partes (fls. 118/120).

Entendo, *data venia*, não assistir razão aos impetrantes.

Com efeito, como reconhecem os impetrantes e se verifica pelos documentos por eles trazidos aos autos (fls. 32/33 e 35), no dia 22 de fevereiro de 2011 a MM. Juíza de Direito do DIPO expediu Mandado de Prisão Temporária em desfavor do paciente, situação que elide qualquer alegação de ter sido ilegal a sua detenção. De notar-se que na Representação de Prisão Temporária feita pela D. Autoridade Policial consta que no mesmo dia o paciente havia sido reconhecido por uma das vítimas, e a prisão temporária era necessária “*para elucidação total dos fatos, e identificação de outras vítimas de Roubos*”. Ora, E. Julgadores, tivesse a MM. Juíza de Direito observado alguma ilegalidade por certo não decretaria a prisão temporária do paciente, sendo que eventual discrepância entre os horários da condução do paciente à Delegacia e a expedição do mandado de prisão referido não tem o condão de tornar a medida ilegal ou atentatória a mandamentos constitucionais.

A alegação feita pelos impetrantes, no sentido de que foi o paciente detido com algemas não encontra respaldo no conjunto probatório e, portanto, não pode ser levada em conta. Como se vê pela Portaria que deu início ao Inquérito Policial instaurado contra o paciente, datada do mesmo dia em que foi solicitada sua prisão temporária, ele foi indicado como suspeito dos roubos por meio de denúncia anônima (fl. 14). Diante de tal notícia, outra alternativa não tinha a I. autoridade Policial senão a de conduzi-lo até a Delegacia para as providências necessárias. Esta situação faz parte das investigações e não deve ser vista como constrangimento ilegal, pois, se porventura não tivesse sido reconhecido pela vítima, não seria providenciada sua prisão temporária.

Ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para argumentar, a detenção do paciente foi efetuada no curso das investigações, ou seja, durante o inquérito policial que, “*por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade nele contida não contamina o processo nem enseja a sua anulação*” (STF, HC 77.357-PA, 2ª Turma, Rel. Carlos Velloso, RTJ 176/1221).

Nem se diga que no inquérito policial instaurado contra o paciente foram produzidas *provas ilícitas*, situação que poderia, em tese, ensejar a anulação

do processo segundo alguns entendimentos doutrinários. Isto porque o referido Mandado de Prisão Temporária foi expedido pela MM. Juíza do DIPO no mesmo dia em que foi ouvida a vítima de um dos roubos que, no mesmo ato, reconheceu o paciente como um dos roubadores (fls. 19/20 e 21). Portanto, nem de prova produzida ilicitamente se pode aqui cogitar, até mesmo porque, quando realizados os atos acima citados, o paciente já se encontrava legalmente preso temporariamente e, mesmo - que assim não fosse, “*se algum elemento de prova for produzido em desacordo com o preceituado em lei, cabe ao magistrado, durante a instrução – e mesmo antes, se for preciso determinar que seja refeito*” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª ed., p. 956). Na hipótese vertente, evidentemente, tanto a oitiva das vítimas em ambos os processos, como os eventuais reconhecimentos pessoais, foram novamente produzidos em Juízo, com todas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ademais, as provas consideradas ilícitas ou produzidas por meios ilícitos, por não serem meras falhas ou vícios, mas atos ilegais, não geram nulidade, mas devem ser retiradas dos autos porque não podem auxiliar no convencimento do Juiz.

Acrescente-se, ainda, que um dos impetrantes, dr. Erik Saddi Arnesen, que funcionou como defensor do paciente em um dos feitos criminais, ao participar dos debates finais, nem sequer arguiu nulidade processual em razão da prisão do paciente, limitando-se a “*destacar que a prisão do acusado é absolutamente ilegal, devendo ser relaxada. Como se extrai do depoimento do próprio policial que prendeu, a prisão ocorreu sem que houvesse mandado judicial e fora de qualquer situação de flagrância. Requer-se, portanto, o relaxamento da prisão do acusado*” (fl. 155).

Finalmente, cumpre destacar que, em face do princípio *pas de nullité sans grief*, inscrito no art. 563 do Código de Processo Penal, “*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”. Aqui, não restou demonstrado nenhum prejuízo para o paciente decorrente do fato de ter sido emitido o Mandado de Prisão Temporária no mesmo dia em que provas foram produzidas na fase inquisitorial. Não se nega que eventual nulidade absoluta deve ser reconhecida de plano, mas, mesmo estas, em alguns casos, devem ser transferidas para o campo dos atos processuais cujo prejuízo é sujeito à comprovação (neste sentido GUILHERME DE SOUZA NUCCI, obra citada, p. 955).

Assim, por qualquer ângulo que se analise o caso em exame, verifica-se que, ao contrário do que sustentam os impetrantes, em nenhum dos feitos criminais instaurados contra o paciente ocorreram nulidades, motivo pelo qual, por não estar presente os alegados constrangimentos ilegais que estariam sendo praticados pelas D. Autoridades impetradas, a não concessão da ordem é, *data venia*, medida que se impõe.

Ante o exposto, o parecer é pela denegação da ordem.

São Paulo, 18 de agosto de 2011

Antonio de Padua Bertone Pereira, Procurador de Justiça

**Registro: 2011.0000301160**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0167651-77.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente Alexandre Alves Benedetti, Impetrantes Paula Hungria Aagaard e Erik Saddi Arnesen.

**Acordam**, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Denegaram a ordem. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores Newton Neves (Presidente) e Borges Pereira.

São Paulo, 22 de novembro de 2011

Alberto Mariz de Oliveira, Relator

### **VOTO Nº 10799**

HABEAS CORPUS Nº: 0167651-77.2011.8.26.0000 COMARCA: SÃO PAULO

Impetrantes: Paula Hungria Aagaard

Erik Saddi Arnesen

Impetrado: M.M. Juiz de Direito da 28ª Vara Criminal

Paciente: Alexandre Alves Benedetti

Habeas Corpus – Roubo – Nulidade do feito porque inexistente situação de flagrância – Constrangimento ilegal não demonstrado – Parecer como razões de decidir – Ordem denegada

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos d. Defensores Públicos Paula Hungria Aagaard e Erik Saddi Arnesen em favor de Alexandre Alves Benedetti, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do M.M. Juízo de Direito da 28ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, nos autos das ações penais nº 262/2011 e 263/2011, a que o paciente responde pela prática de roubo.

Insurgiram-se os impetrantes, aduzindo que os processos devem ser declarados nulos *ab initio*, pois não foi expedido o devido mandado de prisão contra o paciente, que não foi detido em estado de flagrância.

Discorreram sobre a ilegalidade de referida prisão, que teria contaminado toda a investigação que se seguiu, devendo ela, portanto, ser relaxada, com expedição de alvará de soltura.

Requisitadas informações à autoridade de 1º grau antes da apreciação da medida liminar (fls. 114), elas foram prestadas às fls. 118/120, acompanhadas dos documentos de fls. 121/204.

Às fls. 205, veio o despacho que indeferiu o pleito liminar.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 207/211, manifestou-se pela denegação da ordem.

#### **É a síntese do essencial.**

Alexandre Alves Benedetti foi denunciado, porque, em diversas ocasiões entre os dias 30 de junho de 2.010 e 26 de janeiro de 2.011, teria, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra a vítima Damião Manoel da Silva, subtraído quantias em dinheiro pertencentes ao Centro Automotivo Castelhari Ltda (fls. 12/13).

Foi novamente denunciado pela prática de roubo qualificado, na forma continuada, pois, nos dias 06, 09 e 10 de fevereiro último, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra Elimar Arlindo Dantas, teria subtraído, do mesmo estabelecimento comercial, o valor de R\$ 980,00 em dinheiro.

Inicialmente, convém salientar que o feito nº 262/2011 já foi sentenciado, restando Alexandre condenado à pena de 08 anos e 03 meses de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 19 dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 53/75), tendo sido interposto recurso de apelação por ele, conforme as informações prestadas pela Vara de origem.

O N. Juízo esclareceu, ainda, que os autos do processo-crime nº 263/2011 encontram-se em fase de alegações finais.

A ordem deve ser denegada.

Conforme o parecer do D. Procurador de Justiça, Dr. Antonio de Pádua Bertone Pereira:

“(…) Com efeito, como reconhecem os impetrantes e se verifica pelos documentos por eles trazidos aos autos (fls. 32/33 e 35), no dia 22 de fevereiro de 2011 a MM. Juíza do DIPO expediu Mandado de Prisão Temporária em desfavor do paciente, situação que elide qualquer alegação de ter sido ilegal a sua detenção. De notar-se que na Representação de Prisão Temporária feita pela D. Autoridade Policial consta que no mesmo dia o paciente havia sido reconhecido por uma das vítimas, e a prisão temporária era necessária *‘para elucidação total dos fatos, e identificação de outras vítimas de Roubos’*. Ora, E. Julgadores, tivesse a MM. Juíza de Direito observado alguma ilegalidade por certo não decretaria a prisão temporária do paciente, sendo que eventual discrepância entre os horários da condução não tem o condão de tornar a medida ilegal ou atentatória a mandamentos constitucionais.

A alegação feita pelos impetrantes, no sentido de que foi o paciente detido com algemas não encontra respaldo no conjunto probatório e, portanto, não pode ser levada em conta. Como se vê pela Portaria que deu início ao Inquérito Policial instaurado contra o paciente, datada do mesmo dia em que foi solicitada sua prisão temporária, ele foi indicado como suspeito dos roubos por meio de denúncia anônima (fl. 14). Diante de tal notícia, outra alternativa não tinha a I. autoridade Policial senão a de conduzi-lo até a Delegacia para as providências necessárias. Esta situação faz parte das investigações e não deve ser vista como constrangimento ilegal, pois, se porventura não tivesse sido reconhecido pela vítima, não seria providenciada sua prisão temporária.

Ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para argumentar, a detenção do paciente foi efetuada no curso das investigações, ou seja, durante o inquérito policial que, *‘por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade nele contida não contamina o processo nem enseja a sua anulação’* (STF, HC 77.357-PA, 2ª Turma, Rel. Carlos Velloso, RTJ 176/1221).

Nem se diga que no inquérito policial instaurado contra o paciente foram produzidas provas ilícitas, situação que poderia, em tese, ensejar a anulação do processo segundo alguns entendimentos doutrinários. Isto porque o referido Mandado de Prisão Temporária foi expedido pela MM. Juíza do DIPO no mesmo dia em que foi ouvida a vítima de um dos roubos que, no mesmo ato, reconheceu o paciente como um dos roubadores (fls. 19/20 e 21). Portanto, nem de prova produzida ilicitamente se pode aqui cogitar,



até mesmo porque, quando realizados os atos acima citados, o paciente já se encontrava legalmente preso temporariamente e, mesmo que assim não fosse, *'se algum elemento de prova for produzido em desacordo com o preceituado em lei, cabe ao magistrado, durante a instrução – e mesmo antes, se for preciso –, determinar que seja refeito'* (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª ed., p. 956). Na hipótese vertente, evidentemente, tanto a oitiva das vítimas em ambos os processos, como os eventuais reconhecimentos pessoais, foram novamente produzidos em Juízo, com todas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ademais, as provas consideradas ilícitas ou produzidas por meio ilícitos, por não serem meras falhas ou vícios, mas atos ilegais, não geram nulidade, mas devem ser retiradas dos autos porque não podem auxiliar no convencimento do Juiz.

Acrescente-se, ainda, que um dos impetrantes, dr. Erik Saddi Arnesen, que funcionou como defensor do paciente em um dos feitos criminais, ao participar dos debates finais, nem sequer argüiu nulidade processual em razão da prisão do paciente, limitando-se a *'destacar que a prisão do acusado é absolutamente ilegal, devendo ser relaxada. Como se extrai do depoimento do próprio policial que prendeu, a prisão ocorreu sem que houvesse mandado judicial e fora de qualquer situação de flagrância. Requer-se, portanto, o relaxamento da prisão do acusado'* (fl. 155).

Finalmente, cumpre destacar que, em face do princípio *pás de nullité sans grief*, inscrito no art. 563 do Código de Processo Penal, *'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'*. Aqui, não restou demonstrado nenhum prejuízo para o paciente decorrente do fato de ter sido emitido o Mandado de Prisão Temporária no mesmo dia em que provas foram produzidas na fase inquisitorial. Não se nega que eventual nulidade absoluta deve ser reconhecida de plano, mas, mesmo estas, em alguns casos, devem ser transferidas para o campo dos autos processuais cujo prejuízo é sujeito à comprovação (neste sentido GUILHERME DE SOUZA NUCCI, obra citada, p. 955).

Assim, por qualquer ângulo que se analise o caso em exame, verifica-se que, ao contrário do que sustentam os impetrantes, em nenhum dos feitos criminais instaurados contra o paciente ocorreram nulidades, motivo pelo qual, por não estar presente os alegados constrangimentos ilegais que estariam sendo praticados pelas D. Autoridades impetradas, a não concessão da ordem é, *data venia*, medida que se impõe" (fls. 208/211).

Destarte, em vista de todo o exposto e adotando-se como razões de decidir o r. parecer acima transcrito, o qual bem analisou todas as questões postas na inicial, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Alberto Mariz de Oliveira, Relator

---

---

***Habeas Corpus* – Regime de Cumprimento de Pena – Progressão – Indeferimento – Inadequação da Via Eleita – Ausência de Manifestação da Defesa – Atuação do MP como Fiscal da Lei na Execução – Estrangeiro – Impossibilidade de Progressão**

Antonio de Padua Bertone Pereira  
Procurador de Justiça – SP

---

HABEAS CORPUS Nº 0157788-97.2011.8.26.0000 – Capital  
Impetrante: Verônica dos Santos Sionti  
Paciente: Petra Poesch

**PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA**

Egrégio Tribunal,  
Colenda Câmara,

O presente pedido de *habeas corpus* foi impetrado sob alegação de estar a paciente Petra Poesch padecendo de constrangimento ilegal, imposto pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Capital, consistente em não lhe deferir progressão para o regime semiaberto no cumprimento da pena de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, que lhe foi imposta por infração ao art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

Aduz a impetrante, para embasar sua pretensão de concessão de progressão de regime para a paciente, que, além de ter sido violado o princípio da ampla defesa, já que não houve manifestação da sua defensoria, preenche ela os requisitos necessários para o benefício, não sendo óbice o fato de ser estrangeira com decreto de expulsão do país.

Indeferida pelo I. Desembargador Relator a requerida liminar, pois medida excepcional cujos pressupostos não estão presentes no caso em questão (fl. 29), a D. Autoridade impetrada, juntando documentos, informou ter denegado o pedido por ser *“a progressão ao regime semiaberto incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão esteja aguardando o término da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil”* (fls. 33/34).

Entendo, *data venia*, não ser possível o conhecimento de parte do pedido aqui deduzido.

Ressalte-se, inicialmente, que o *writ* em questão não pode ser conhecido na parte em que pleiteia a concessão de progressão de regime ao paciente, pois, como é cediço, o *habeas corpus* não constitui a via apropriada para a postulação de benefícios prisionais, em especial aqueles que demandam o preenchimento de requisitos objetivo e subjetivo, tal qual a progressão de regime, sem contar, ainda, que neste último caso, haveria indevida supressão de instância.

No tocante ao aduzido pela impetrante, no sentido de que houve cerceamento de defesa imposto pela D. Autoridade impetrada, entendo, *data venia*, não lhe assistir razão.

Com efeito, não se nega que o art. 112, § 1º, da Lei de Execução Penal, estabelece que, nos pedidos de progressão para regime menos rigoroso, *“a decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor”*.

Entretanto, cabe uma análise de como funciona o Ministério Público nos procedimentos de execução penal. Através de uma leitura dos arts. 67 e 68 da referida lei, constata-se que o Ministério Público não só atua como fiscal da lei, como também, em alguns casos, como parte. Quando funciona como fiscal, *“confere-se ao parquet a função de promover a observância do direito objetivo, atuando imparcialmente na verificação dos requisitos legais para o estrito cumprimento do título executivo penal”* (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, atualizado por RENATO N. FABBRINI, *Execução Penal*, Ed. Atlas, 11ª ed., p. 227/228), ou, como observa RENAN SEVERO TEIXEIRA DA CUNHA: *“pouco importa que para essa fiscalização vista as roupagens de parte requerente ou de órgão interveniente; sempre será órgão fiscalizador, com todas as consequências dessa atividade”* (*O Ministério Público na Execução Penal; Curso sobre a reforma penal*, Ed. Saraiva, 1985, p. 185).

À luz da observação acima, verifica-se que, no caso em exame, a exigência trazida pelo § 1º do art. 112 da Lei de Execução Penal foi atendida, pois a

sequência de atos processuais revela estrita obediência ao princípio constitucional sob exame, na medida em que o sentenciado deduziu sua pretensão de benefício, o Ministério Público apresentou manifestação, e finalmente sobreveio decisão. Como se vê às fls. 09/10, a paciente, por meio de I. advogado da FUNAP, apresentou sua pretensão, juntando, inclusive, documentos para a alicerçar. Foi, então, o pedido encaminhado ao Ministério Público para se manifestar como fiscal da execução da pena, tendo sido exarada pífia manifestação, desprovida de qualquer análise, favorável à concessão do benefício (fl. 21).

Ora, E. Julgadores, em face das manifestações prévias do Ministério Público e do defensor, outra atitude não poderia ter o MM. Juiz senão a de decidir a questão. Caso abrisse vista novamente à defesa para se manifestar em relação ao parecer do Ministério Público que, ressalte-se mais uma vez, atuou como fiscal da execução, obviamente teria que abrir nova vista ao *parquet* e, assim, sucessivamente e *ad infinitum*, em indesejável procrastinação do feito. Nunca é demais lembrar que *“não sendo dada oportunidade de manifestação ao Ministério Público, ocorrerá nulidade, salvo as hipóteses previstas expressamente no Código de Processo Penal. Devido à imperiosa necessidade de fiscalização da lei, a declaração de nulidade independe de demonstração de prejuízo para o Ministério Público”* (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, obra citada, p. 228).

Dessa forma, ao contrário do que sustenta a impetrante, verifica-se não ter ocorrido o invocado cerceamento de defesa e, por consequência, não há se falar em constrangimento ilegal resultante de ato da D. Autoridade impetrada.

De outra parte, caso entendam Vossas Excelências em conhecer também a parte que busca a progressão de regime para a paciente, cumpre observar que, enquanto a *“expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art. 65 da Lei 6.815/80), a progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela”* (STJ, HC 92.736/AC, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ de 18/08/08; no mesmo sentido RHC 7.732/9, Rel. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 13/10/98).

Sobre o tema, também já se decidiu: *“Processual Penal. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Associação para o tráfico. Progressão de regime. Paciente estrangeiro. Decreto de expulsão. Regime mais rigoroso. Possibilidade. Ordem denegada. 1- Este Superior Tribunal já pacificou entendimento no sentido de não ser possível deferir ao estrangeiro o benefício da progressão do regime prisional quando, contra ele, já houver processo de expulsão em andamento.*

2- *Ordem denegada*” (STJ, HC 90.662/MT, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 16/09/08).

Ora, E. Julgadores, embora respeitando opiniões contrárias, seria incoerente permitir-se a progressão de regime para estrangeiro que já tem contra si expulsão do país decretada, sob pena de poder vir a frustrar-se, por fuga, a própria ordem de expulsão, que se trata de ato de soberania incompatível com a concessão do benefício pretendido. *“Não há falar em direito à progressão de regime prisional para o condenado estrangeiro que tem contra si um decreto de expulsão já expedido, uma vez que essa circunstância faz com que a progressão para um regime de frágil vigilância, propício à evasão, configure num risco que a sociedade não pode ser obrigada a suportar”* (TJSP, RT 811/606).

Assim, acredito, s.m.j., que a melhor solução no caso em exame é a não concessão da ordem, aguardando a paciente em regime fechado o total cumprimento da pena para que, ao final desta, seja efetivada a ordem de expulsão já decretada, como bem decidiu a D. Autoridade impetrada.

Ante o exposto, o parecer é: *a)*- pelo não conhecimento da parte deste writ que visa à progressão de regime por ser inadequada a via escolhida; *b)*- caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, pela denegação da ordem não só da parte que visa a progressão, como também da parte que argui cerceamento de defesa.

São Paulo, 16 de agosto de 2011

Antonio de Padua Bertone Pereira, Procurador de Justiça

**REGISTRO: 2011.0000155894**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0157788-97.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente Petra Poesch e Impetrante Verônica dos Santos Sionti.

**Acordam**, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão “Denegaram a ordem. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator deste acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores Otávio Henrique (Presidente) e Francisco Bruno.

São Paulo, 25 de agosto de 2011

Roberto Midolla, Relator

## VOTO Nº 21.832

Habeas Corpus nº 0157788-97.2011.8.26.0000 – São Paulo

Impetrante: Verônica dos Santos Sionti

Paciente: Petra Poesch

Habeas Corpus – Tráfico Ilícito de entorpecentes – Cerceamento de Defesa – Inocorrência – Progressão de Regime – Estrangeiro Condenado em Situação Irregular no País – Regime Prisional mais Brando que Pode Prejudicar Eventual Decisão de Sua Expulsão do País – Ordem Denegada.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, formulado pela ilustre Defensora Pública, Verônica dos Santos Sionti, em favor de Petra Poesch, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital.

Aduz, em suma, que a paciente foi condenada à pena de três anos, seis meses e vinte e três dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, da Lei 11.343/06, sofrendo constrangimento ilegal porque o MM. Juiz *a quo* entendeu por bem não permitir a progressão ao regime semiaberto, por ser incompatível com a situação de estrangeiro, que aguarda a expulsão do país, ao término da pena, apesar de preencher os requisitos. Alega, ainda, violação ao princípio da ampla defesa, isonomia e legalidade (fls. 02/08).

A liminar foi indeferida (fl. 29). Vieram as informações de estilo (fls. 33/34).

A D. Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo não conhecimento e, se conhecido, pela denegação da ordem quanto ao pleito de progressão e denegação também na parte que argui cerceamento de defesa (fls. 42/47).

É o relatório.

Primeiramente, cabe ressaltar que não houve cerceamento de defesa, pois a exigência trazida pelo § 1º, do artigo 112, da Lei de Execuções Penais foi atendida, pois a sequência de atos processuais revela estrita obediência ao princípio constitucional sob exame, na medida em que o sentenciado deduziu sua pretensão de benefício. O Ministério Público apresentou manifestação e finalmente sobreveio decisão. Como se vê às fls. 09/10, a paciente, por meio de ilustre advogado da FUNAP, apresentou sua pretensão, juntando, inclusive, documentos para alicerçá-la. Foi, então, o pedido encaminhado ao Ministério Público para se manifestar como fiscal da execução da pena, sobrevivendo finalmente a decisão do MM. Juíza *a quo* (fl. 23).

Desta forma, ao contrário do que sustenta a paciente, verifica-se não ter ocorrido o invocado cerceamento de defesa, não havendo que se falar em constrangimento ilegal resultante de ato da indigitada autoridade coatora.

Pois bem.

Como bem observado pelo digno Procurador de Justiça, o pleito de progressão não merece conhecimento, pois a matéria nela contida, de rigor, não pode ser tratada na via estreita do habeas corpus, mas sim em sede de agravo em execução.

Ressalto que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que a competência para decidir sobre a progressão é do Juiz da Execução, bem como que contra sua decisão cabe o recurso de agravo.

Também não é o *writ* via substitutiva de recurso expressamente previsto na lei. Somente quando houver coação ilegal perceptível de plano, sem necessidade de exame mais profundo de provas, é que caberá o remédio heróico, caso contrário fugirá de sua alçada.

A jurisprudência:

Execução Penal – *Habeas Corpus Substitutivo* de Recurso Ordinário – Art. 158, § 1º, Art. 157, § 2º, Incisos I e II, Art. 163, Parágrafo Único, Inciso I e Art. 213 do Código Penal – Progressão de Regime – Requisitos.

A via eleita não se revela idônea à análise dos requisitos necessários para a concessão de progressão de regime, se diante das peculiaridades do caso concreto faz-se necessário o cotejo minucioso de matéria fático-probatória. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

Ordem denegada.

(*HC 38453/SP; Habeas Corpus 2004/0134815-6 Ministro Felix Fischer – T5 – 04/08/2005 – DJ 26.09.2005 p. 413*)

De qualquer forma, compulsando os autos, verifico que não há constrangimento ilegal a ser sanado no presente *writ*.

Consta nos autos que a paciente cumpre três anos, seis meses e vinte e três dias de reclusão por tráfico internacional de entorpecentes.

A autoridade impetrada bem delineou que a paciente se encontra em situação irregular no País e salientou que em 07 de dezembro de 2010 foi

decretada a expulsão da sentenciada, aguardando-se o cumprimento da pena para a efetivação do decreto (fl. 23). Segue a decisão:

“O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, usando da atribuição que lhe confere o art. 1 do Decreto nº 3.447, de 5 de maio de 2000, publicado no Diário Oficial da União do dia 8 de maio do mesmo ano, Seção 1, e tendo em vista o que consta do Processo 08018.022805/2009-73, do Ministério da Justiça, resolve:

Nº 3.894 - Expulsar do território nacional, em conformidade com os arts. 65 e 71 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, Petra Poesch, de nacionalidade alemã, filha de Jurgen Ponitzsal e de Eriede Poesch, nascida em Weibenfels, Alemanha, em 28 de junho de 1986, ficando a efetivação da medida condicionada ao cumprimento da pena a que estiver sujeita no País ou à liberação pelo Poder Judiciário.”

Portanto, deverá ser expulsa do país tão logo cumpra integralmente a pena. A par disso, como cidadã estrangeira que, ingressando como turista, veio na verdade praticar tráfico internacional de substância entorpecente, não dispõe de vínculos no Brasil, não dispondo de autorização para aqui permanecer e para exercer atividade lícita. E, como sabido, a paciente não teria condições de usufruir do regime intermediário, pois não poderia executar trabalhos externos, nos termos dos artigos 97 e 98, da Lei nº 6.815/80, nem permanecer em ambiente de frágil vigilância, com grande probabilidade de fuga.

O trabalho é o principal instrumento de reinserção social, que justifica a existência de regimes menos gravosos, como o semiaberto. Não cumprirá a pena a sua função de prevenção especial positiva se a progressão de regime não foi acompanhada do exercício da atividade laboral, mas do ócio.

A jurisprudência:

Pena – Regime – Progressão ao semi-aberto – Sentenciado estrangeiro condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, que, encontrando-se em situação irregular no Brasil, sem poder exercer atividade laborativa lícita e remunerada ou possuir residência no território nacional, já teve sua expulsão do país decretada Indeferimento do pedido – Necessidade, em face do evidente



risco de evasão do condenado e da ausência de condições que tornam possível a fruição do benefício pleiteado – Recurso improvido (Agravo em Execução Penal nº 992.190.3/7 – Presidente Prudente – 1ª Câmara Criminal – Relator: Mário Devienne Ferraz j. 19.06.07 - V.U. – voto 12.624)

Portanto, como visto, a paciente apresenta situação incompatível para a concessão de regime mais brando.

Diante do exposto, denego o *writ*.

Roberto Midolla, Relator

