

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 0010249-86.2011.4.03.6181/SP

2011.61.81.010249-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : Justica Publica
AGRAVADO : NICOLAU DOS SANTOS NETO reu preso
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA e outro
No. ORIG. : 00102498620114036181 1P Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público Federal, em face da r. decisão proferida pelo MMº Juízo da 1ª Vara Criminal Federal e das Execuções Penais de São Paulo, que, nos autos da execução criminal nº 0000202-92.2007.403.61.81, deferiu a prisão domiciliar a **Nicolau dos Santos Neto**, sob o fundamento de que o sentenciado possui 83 (oitenta e três) anos de idade, conforme autoriza o artigo 318, inciso I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, estando a decisão "a quo" acostada à fl. 162 destes autos.

Argumenta o "Parquet" Federal que a Lei nº 12.403/2011 alterou o Código de Processo Penal exclusivamente em relação às prisões cautelares, não sendo aplicável, pois, às prisões em fase de execução, ainda que provisória, como é o caso dos autos.

Dessa forma, alega que o Juízo natural e competente para a aplicação da prisão cautelar, ou a sua conversão em outras medidas diversas da prisão, ou mesmo o deferimento da prisão domiciliar, é o juízo do processo de conhecimento, competindo ao Juízo da execução tão somente a prática de atos jurisdicionais de natureza executória da pena e não cautelar.

Requer, outrossim, seja provido o agravo a fim de que seja afastada a decisão "a quo", com o conseqüente indeferimento da prisão domiciliar ao sentenciado.

O recurso foi instruído com peças do feito principal (fls. 07/168).

A defesa apresentou contrarrazões às fls. 170/173, requerendo o improvimento do recurso ministerial. Argumentou, para tanto, que o MMº Juízo das execuções criminais possui competência para a aplicação da lei posterior mais benéfica, nos termos do artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, de maneira que, sendo o sentenciado maior de 80 (oitenta) anos, faz jus à prisão domiciliar, conforme previsto no artigo 318, inciso I, do CPP, com a nova redação da Lei nº 12.403/2011 (lei posterior mais benéfica).

A r. decisão recorrida foi mantida pelo MMº Juízo "a quo", conforme decisão de fl. 393.

Os autos subiram a esta Corte em 28/12/2011 e, em parecer de fls. 395/396, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do agravo, a fim de que seja reformada a decisão que concedeu prisão domiciliar a Nicolau dos Santos Neto.

Por decisão de fls. 398/399 solicitei ao MMº Juízo das Execuções Criminais cópia do laudo médico relativo a recente exame pericial a que foi submetido o sentenciado supra, tendo aquele r. Juízo enviado o laudo, ora juntado às fls. 400/401.

Após, foi aberta vista às partes para manifestação acerca do conteúdo do laudo pericial acima citado, tendo a defesa se manifestado às fls. 407/426, requerendo: a) seja decretada a extinção da punibilidade do acusado em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal; b) com o reconhecimento da prescrição, seja afastado o decreto de perdimento dos bens, bem como a condenação nas custas do processo.

O "Parquet" Federal, por sua vez, manifestou-se às fls. 619/622.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O recurso ministerial merece provimento, sendo, no meu entender, três os fundamentos para tanto, sintetizados da seguinte forma:

- 1) incompetência do Juízo das Execuções Criminais para converter a prisão cautelar em prisão domiciliar;*
- 2) favorável estado de saúde atual do sentenciado, conforme laudo médico pericial recentemente realizado;*
- 3) falta grave cometida pelo sentenciado, em total descumprimento aos princípios vigentes na Lei de Execução Penal.*

1) DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS PARA CONVERTER PRISÃO CAUTELAR EM PRISÃO DOMICILIAR

Por primeiro, conforme bem esposado pelo "Parquet" Federal em suas razões, entendo que o MMº Juízo "a quo" não ostenta competência jurisdicional para converter a prisão cautelar, decretada pelo Juízo natural do conhecimento, em prisão domiciliar.

Isso porque a prisão domiciliar, recentemente acrescida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011 (artigos 317 e 318), é instituto de natureza processual e não de execução criminal, tratando-se de medida cautelar menos gravosa que a prisão processual propriamente dita, tal como as outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 daquele mesmo *Codex*.

Assim, não havendo ainda trânsito em julgado das condenações sofridas pelo recorrido, eventuais alterações em sede de medidas cautelares são da competência do juízo natural do feito principal, e, havendo recurso, ao tribunal onde o recurso estiver aguardando julgamento, à luz do quanto disposto no artigo 800 e parágrafo único do Código de Processo Civil, aplicável, *in casu*, por analogia ao artigo 3º do CPP, *verbis*:

"Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal" - grifo nosso.

E, quanto ao argumento citado pela defesa, no sentido de o MMº Juízo das execuções criminais possuir competência para a aplicação da lei posterior mais benéfica, nos termos do artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, trata-se evidentemente de **lei penal** posterior e mais benigna (*novatio legis in melius*) e não de lei processual, porquanto na seara processual penal vige o princípio *tempus regit actum*.

Ademais, conforme já destacado, não compete ao Juízo das Execuções Criminais decidir sobre questões processuais penais relacionadas ao feito de origem, mas tão somente aquelas vinculadas exclusivamente aos incidentes da execução criminal.

Por fim, ainda que assim não fosse, certo é que a aplicação da lei mais benigna somente há de ser realizada pelo Juízo da Execução Criminal **após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**, fato que ainda não ocorreu no caso presente.

Nesse sentido, é o que dispõe a Súmula 611 do STF, *verbis*:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna".

De outro vértice, penso imperioso observar a redação do artigo 318 do CPP, dada pela Lei nº 12.403/2012, *verbis*:

"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."

Veja-se que o legislador foi expresso ao utilizar o verbo "poder" ("Poderá o juiz ..."), esclarecendo que ao juiz é facultado substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando presente ao menos uma das hipóteses dos incisos I a IV acima transcritos.

Pois bem, em se tratando de uma faculdade - discricionária, é verdade -, e a interpretando com o que reza o parágrafo único do mesmo artigo, entendo que a simples circunstância objetiva de o agente possuir mais de oitenta anos, por si só, não obriga o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar.

Deve o magistrado, antes disso, verificar com prudência se o acusado, efetivamente, não ostenta qualquer condição física e mental de ser submetido ao cárcere, pois é cediço que nem toda pessoa com mais de oitenta anos de idade necessita de cuidados especiais ou está em situação de saúde debilitada.

Ausentes, pois, aquelas circunstâncias impeditivas, não há razão para a conversão em sede de medida cautelar, menos ainda em se tratando de cumprimento de pena, momento em que poderá o sentenciado ser submetido a tratamento em hospital penal ou mesmo no presídio, desde que em ambos os estabelecimentos o Estado proporcione condições favoráveis à dignidade e à saúde do condenado.

E, no caso do recorrido, conforme será demonstrado no tópico a seguir, suas condições de saúde são favoráveis, nada impedindo cumpra ele sua pena no cárcere, ainda que com a condição de ser submetido a cuidados especiais e a adequado tratamento de saúde.

Dessa forma, o simples fato de possuir mais de oitenta anos de idade, só por si, não é fundamento idôneo a impedir seja devolvido à prisão.

Nesse exato sentido, colaciono o seguinte precedente:

PENAL. PROCESSUAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. MAIOR DE SETENTA ANOS, CONDENADO AO REGIME SEMI-ABERTO. MOLÉSTIA GRAVE. PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO. "HABEAS CORPUS". RECURSO.

1. A idade avançada, por si só, não garante ao condenado ao regime semi-aberto o direito à prisão domiciliar. 2. Se o recorrente deixa de trazer aos autos prova incontroversa de que depende de tratamento médico que não pode ser administrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável, deve ser negado o benefício da prisão domiciliar. 3. Recurso em "Habeas Corpus" conhecido mas não provido. (Processo RHC 11861 / MG RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2001/0114495-7 Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL (1074) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 11/12/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 18/02/2002 p. 469 LEXSTJ vol. 151 p. 255 RSTJ vol. 160 p. 441) - grifo nosso.

A íntegra do voto do Excelentíssimo Ministro Edson Vidigal foi assim redigida (RHC 11861), *verbis*:

"EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL:

Senhor Presidente, a prisão domiciliar, via de regra, somente é admitida quando tratar, a hipótese, de réu inserido no regime prisional aberto.

Diz a Lei 7210/84, art. 117:

Art 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Já decidimos, é certo, pela aplicação analógica de referido dispositivo a condenados a regime mais gravoso, se satisfeitos os comandos legais.

Não é o caso. Nada há, nestes autos, a indicar, de forma incontroversa, que o tratamento a que o recorrente estaria submetido não pode ser ministrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável. Ao contrário, informa o Acórdão recorrido, tem ele recebido tratamento médico adequado, reportando, inclusive, "boa evolução" em seu quadro clínico (fl. 113).

A idade avançada, por si só, não basta à concessão do benefício, se não preenchidos os demais requisitos legais.

Assim, tendo em vista que o recorrente nada trouxe a fundamentar e comprovar o que alega, conheço do Recurso, mas nego-lhe provimento.

É o voto". - grifo nosso.

Por outro lado, poder-se-ia cogitar no deferimento da prisão domiciliar ao sentenciado por interpretação extensiva do artigo 117 da Lei de Execução Penal, *verbis*:

"Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante".

Porém, tal dispositivo legal é expresso no sentido de somente ser cabível a prisão domiciliar aos condenados beneficiados com o **regime aberto**, o que não é o caso do recorrido, cujo pedido de progressão de

regime foi negado pelo MM^o Juízo das Execuções Criminais (fls. 175/179 destes autos).

Sobre o tema, colaciono o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXECUÇÃO DE PENA. REGIME SEMI-ABERTO. ALEGAÇÃO DE DOENÇA E IDADE AVANÇADA. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 117, LEP. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONCESSÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **O Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, interpreta o art. 117, da LEP, restritivamente, ou seja, somente nas hipóteses legais - condenado maior de setenta anos; acometido de doença grave; com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante, é possível o cumprimento da reprimenda em regime aberto, com o recolhimento do condenado em sua residência particular. Ademais, a prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, ex vi do art. 117 da Lei de Execução Penal (Precedentes do STF)." (HC 38617 / RS HABEAS CORPUS 2004/0138436-6 Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 17/02/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 14/03/2005 p. 399 RSTJ vol. 199 p. 485) - grifo nosso.**

É certo, não obstante, que a jurisprudência de nossos tribunais superiores vem deferindo a prisão domiciliar, em hipóteses excepcionalíssimas, mesmo quando ausentes os requisitos legais acima citados e o agente não estiver em regime aberto, mas desde que presente a idade avançada somada à comprovação de precário estado de saúde, o que não é o caso do ora recorrido, porquanto, conforme já supra aludido e será demonstrado no tópico seguinte, as condições de saúde do sentenciado são favoráveis, circunstância essa atestada em laudo médico oficial.

Dessa forma, não há falar-se nem mesmo em situação excepcional de comprovada doença grave, em que a jurisprudência vem deferindo a prisão domiciliar mesmo quando ausentes as hipóteses previstas no artigo 117 da LEP, especialmente, o cumprimento da pena em regime aberto.

Outrossim, de qualquer ângulo em que se analise a questão, não há dúvida de que deve ser afastada a r. decisão "a quo", reconhecendo a sua nulidade por incompetência absoluta do Juízo "a quo" *ratione materiae* e determinando-se o retorno do sentenciado ao cárcere, já que desnecessária a prisão domiciliar, como adiante se demonstrará.

2) FAVORÁVEL ESTADO DE SAÚDE ATUAL DO SENTENCIADO. LAUDO MÉDICO PERICIAL RECENTEMENTE REALIZADO

Não bastassem os fundamentos acima delineados, com a insubsistência da r. decisão "a quo", de qualquer forma, a r. decisão recorrida deve ser reformada.

E isso porque, por determinação deste relator, vieram aos autos informações prestadas pelo MMº Juízo "a quo", as quais dão conta de que o sentenciado Nicolau dos Santos Neto ostenta condições de cumprir no cárcere as penas a que foi condenado, conforme adiante se demonstrará.

Com efeito, submetido o recorrido a perícia médico-psiquiátrica no dia 28 de maio de 2012 por determinação do MMº Juízo das Execuções Criminais - tratando-se, pois, de perícia oficial -, o perito-médico signatário do laudo concluiu (fls. 400/401):

"[...] Examinando, do ponto de vista psiquiátrico, sem alterações significativas. Em relação ao exame psiquiátrico anterior, houve melhora nos aspectos depressivos, expressa na aparência, postura corporal, fluência verbal e psicomotricidade. **Portanto, dada a atual avaliação, não se justifica a prisão domiciliar. Há que se considerar o fator idade, pois aos 83 anos, a capacidade de adaptação está diminuída correndo o risco de reagir com sintomatologia mais grave às mudanças drásticas**" - grifo nosso.

Observo que sobre referido parecer a defesa teve ampla oportunidade de se manifestar, tanto no feito originário, quanto nos presentes autos, de maneira que cumprido o contraditório e a ampla defesa.

Outrossim, havendo conclusão médica oficial dando conta de ser desnecessária a custódia domiciliar do recorrido, entendo que, alterado o quadro fático anterior que possibilitou referida benesse ao sentenciado, não subsiste mais qualquer razão para ser mantida, devendo o acusado retornar ao cárcere, ainda que submetido a cuidados especiais em razão de sua idade avançada.

Nesse sentido, cito precedentes de nossos tribunais superiores, no sentido de que a simples circunstância de ser o agente portador de doença grave e idade avançada não impede o cumprimento da pena no cárcere:

[...] PEDIDO DE RECOLHIMENTO EM REGIME DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REAL NECESSIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] **4. Não se descarta que esta Corte Superior, em casos excepcionais, tem admitido a prisão domiciliar a condenados portadores de doenças graves, que estejam cumprindo pena em regime fechado, desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento adequado no estabelecimento prisional. 5. No caso, não há prova de que o tratamento de saúde oferecido no estabelecimento prisional ao Paciente é ineficiente e inadequado. 6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus não conhecido.** (HC 239294 / SP HABEAS CORPUS 2012/0075804-6 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 13/11/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 23/11/2012) - grifo nosso.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇAS GRAVES E IDADE AVANÇADA. INCOMPATIBILIDADE DO LOCAL EM QUE SE ENCONTRA O PACIENTE (CADEIA PÚBLICA) COM SEU TRATAMENTO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA. **1. A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua**

pena. In casu, não se demonstrou a incompatibilidade da continuidade do tratamento na Cadeia Pública local. 2. Ordem denegada. (HC 228408 / PR HABEAS CORPUS 2011/0302318-0 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 26/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 01/08/2012) - grifo nosso.

É certo que, apesar do conteúdo do atestado pelo médico-perito designado pelo Juízo "a quo" denotar condições psíquicas favoráveis pelo acusado, declarando expressamente desnecessária a prisão domiciliar, não se desconhece possuir ele mais de oitenta anos de idade.

Tal circunstância, como já dito, por si só, não impede a revogação da prisão domiciliar, porquanto comprovada nos autos a sua prescindibilidade, porém, a remoção do sentenciado deverá ser feita a hospital penal ou a presídio onde haja condições plenas de ser submetido a adequado tratamento de saúde, o que deverá ser oportunamente deliberado pelo MMº Juízo das Execuções Criminais.

Nesse sentido, aliás, foi como se manifestou o Ministério Público Federal, *verbis* (fl. 124 dos autos do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

"[...] Sendo assim, o cometimento de falta grave, aliado à evolução no quadro clínico para uma situação de leve a moderada gravidade, justificam a revogação da prisão domiciliar e alteração do modo de cumprimento de pena pelo sentenciado, que deverá ser encaminhado a estabelecimento prisional apropriado, com direito a cela especial (art. 33, III, da LC 35/79), onde certamente, se for o caso, será encaminhado a Hospital Penitenciário ou de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, adequado às suas eventuais necessidades de saúde".

Por fim, importante salientar que no bojo do *habeas corpus* nº 26.733 do C. STJ, foi garantida a permanência do acusado no regime de prisão domiciliar, ***enquanto perdurar a mesma situação de saúde, nos termos em que foi registrado nos laudos médicos, sem prejuízo do exercício próprio da competência do Juízo das Execuções Penais, nos termos do relatório e voto da Sra. Des. Federal relatora***, sendo certo que sua Excelência ressaltou expressamente

dever "*assegurar a permanência do paciente no regime domiciliar, enquanto permanecer presente o mesmo quadro de saúde considerado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça como grave e estiver na condição de preso provisório* - grifo nosso.

Outrossim, uma vez constatado por perícia médica oficial não mais remanescer o quadro anterior de gravidade de saúde do ora recorrido, conforme decisões anteriormente consideradas, reitero não haver razão jurídica para a permanência do recorrido em prisão domiciliar, devendo ser removido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade) ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, caso necessário.

3) FALTA GRAVE COMETIDA PELO SENTENCIADO, EM TOTAL DESCUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS VIGENTES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

Primeiramente, ressalto que apesar de referida matéria não ter sido objeto do presente recurso, tampouco conste destes autos de maneira expressa, penso importante esclarecer que nos autos do agravo em execução penal nº 0010297-11.2012.403.6181 tal questão foi objeto de decisão pelo MMº Juízo "a quo", sendo manejado recurso de agravo pela defesa visando à sua alteração.

E, considerando que tal pleito, quando sopesado com os demais argumentos já supra destacados, tem o condão de melhor esclarecer as circunstâncias fáticas e pessoais relativas ao cumprimento da pena pelo sentenciado, entendo por bem analisá-lo também no bojo deste recurso de agravo, pois, somado aos demais argumentos delineados, é fundamento à revogação da prisão domiciliar, com o retorno do acusado ao cárcere.

Senão vejamos.

Ao concluir ter o acusado cometido falta grave durante a execução da pena, já que teria ele promovido a colocação de câmeras de vídeo no

cômodo de sua residência onde alojados os agentes de polícia federal que procediam à sua fiscalização, sua Excelência assim se manifestou no bojo da execução criminal nº 0000202-92.2007.403.6181 (fl. 27 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

"I. - Considerando: 1) a colocação de câmeras para monitoração da escolta da polícia federal, fato narrado às fls. 3395/3408, comprovado por laudo pericial de fls. 3424/3431; 2) que o apenado exigiu pessoalmente a recolocação da câmera, no exato local onde se encontrava, contrariando a orientação do policial responsável pela fiscalização da custódia domiciliar; 3) que não foram entregues as mídias para destruição, conforme determinado a fl. 3409, pois, segundo a defesa, tratava-se apenas de câmera simples, sem áudio ou gravação, constato que o apenado NICOLAU DOS SANTOS NETO cometeu falta grave, conforme contido no artigo 50, inciso VI, da LEP, subvertendo o objetivo e as finalidades da fiscalização da pena, conforme salientado pelo Ministério Público Federal as fls. 3588/3591.

II - A fim de analisar o requerido pelo MPF as fls. 3591, letra "a", oficie-se à Coordenadoria de Saúde do Sistema Penitenciário, solicitando agendamento de perícia médica. Instrua-se o ofício com cópias de fls. 3581/3586. [...]"

Em face desta decisão foram opostos embargos de declaração, que foram assim decididos por sua Excelência (fl. 49 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

"[...] Com relação à contradição sobre a falta grave, o apenado inobservou os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39 da LEP, quais sejam: obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, bem como execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. Ora, após constatada a existência de monitoração, o apenado exigiu, pessoalmente, a recolocação do equipamento, desobedecendo e deixando de cumprir a ordem do agente policial que encontrava-se no local para vigiá-lo".

Interpostos novos embargos declaratórios pela defesa, sua Excelência assim decidiu (fls. 72/73 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

"1) Apesar do laudo médico, juntado às fl. 3656/3659, concluir que não se justifica a prisão domiciliar, também esclarece que, em razão da idade avançada, o réu pode reagir com sintomas mais graves, se houver mudanças drásticas em sua situação atual.

Sendo assim, e considerando tratar-se de execução provisória (fls. 3599), mantenho, por ora, a decisão de fls. 3528 que determina a permanência do réu em prisão domiciliar, que deverá ser mantida com a fiscalização da Polícia Federal no local. [...]". - grifo nosso.

A corroborar referidas decisões, transcrevo a seguir representação apresentada pelo Delegado de Polícia Federal Ricardo Carriel de Oliveira, dando conta do monitoramento ambiental ilícito promovido pelo recorrido em sua residência em face dos agentes federais que procediam à fiscalização do cumprimento da sua pena (fls. 77/79 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

"Encaminho a Vossa Excelência cópia da informação elaborada por agente de polícia federal encarregado da custódia domiciliar de NICOLAU DOS SANTOS NETO, consoante documentos anexos, **comunicando que foi localizado um dispositivo eletrônico oculto, destinado ao monitoramento ambiental da sala utilizada para permanência da equipe de custódia.**

De acordo com o constatado pelos policiais federais, a câmera possibilitava a captura de imagens e, possivelmente de sons, disponibilizando-as em aparelho televisor instalado na sala principal da residência, de onde toda a movimentação dos servidores encarregados da vigilância da custódia podia ser observada, sem o prévio conhecimento dos policiais.

Não obstante a gravidade do fato, após a constatação da existência do equipamento clandestino, o custodiado NICOLAU DOS SANTOS NETO, pessoalmente, exigiu a recolocação câmera no exato local onde se encontrava, contrariando a orientação do policial responsável pela fiscalização da custódia e desautorizando qualquer providência destinada a impedir que as gravações das imagens e do interior do quarto dos plantonistas fosse realizada.

Tal fato, diga-se de passagem, inusitado, causa indignação à Polícia Federal e caracteriza descumprimento dos deveres do reeducando, desrespeito à Justiça e verdadeira afronta às funções institucionais do Estado, vez que o trabalho desenvolvido pelos policiais federais decorre do estrito cumprimento de ordem judicial. [...]". - grifo nosso.

Importante frisar constar dos autos que, após a descoberta da câmera camuflada no cômodo destinado aos agentes da Polícia Federal, o policial federal Regis Ferner de Melo comunicou imediatamente os fatos à Superintendência da Polícia Federal, que, por sua vez, designou dois peritos criminais à residência do recorrido para a realização de inspeção e perícia.

Os peritos tiveram o ingresso autorizado pela esposa do acusado, que, inclusive, acompanhou a diligência, tendo a caixa onde se encontravam os equipamentos sido aberta para registros fotográficos e perícia, estando todo esse procedimento registrado tanto em minucioso relatório realizado por aquele agente de polícia federal, quanto em laudo pericial oficial, inexistindo qualquer dúvida, pois, acerca da ocorrência do fato.

Assim, comprovado que o sentenciado Nicolau dos Santos Neto agiu ilicitamente durante o curso do cumprimento da pena, revertendo a posição de fiscalizado para fiscalizador dos agentes estatais responsáveis pela execução das reprimendas a ele impostas, tenho como correta a r. decisão "a quo" que reconheceu a prática de falta grave pelo apenado, com fundamento no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal, *verbis*:

"Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

[...]

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei".

Por sua vez, reza o artigo 39, incisos II e V, da LEP:

"Art. 39. Constituem deveres do condenado:

[...]

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

[...]

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

[...]

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo".

Entendo, ainda, não haver falar-se em descumprimento ao contraditório e à ampla defesa ante o reconhecimento de falta grave pelo MM^o Juízo "a quo", pois, como bem lembrado pelo "Parquet" Federal em contrarrazões, interpostas no bojo do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181 (fls. 182/183 daqueles autos), à decisão que reconheceu a falta grave foi dada a devida publicidade, com ciência ao acusado e a sua defesa constituída, que, inclusive, interpôs dois embargos de declaração, bem como o agravo de execução supramencionado, não existindo, portanto, cerceamento ao seu direito de defesa, mesmo porque a decisão foi lastreada em documentos e depoimentos que demonstram a prática do ilícito pelo acusado.

Ademais, a representação pelo arquivamento do procedimento administrativo pela Polícia Federal, mais precisamente, pelo Núcleo de Correições da Polícia Federal, deu-se em razão de a autoridade policial entender que a interceptação ambiental clandestina não configura fato típico penal, porém, referida autoridade consignou que "*a conduta do sentenciado não deixa de ser imoral e ilícita, posto que viola a intimidade e privacidade individuais protegidas constitucionalmente*".

Asseverou ainda que "considerando que o Senhor Chefe do SPO/DREXSR/DPF/SP já encaminhou o caso à Justiça Federal em razão da falta grave prevista na Lei de Execução Penal e, frente à ausência de fato típico penal, opino pelo arquivamento do presente expediente".

Portanto, tenho que a decisão que reconheceu a prática de falta grave pelo acusado baseou-se em elementos fáticos concretos, robustos e coesos, possibilitando ao sentenciado a sua devida impugnação, a

rechaçar a alegação de descumprimento aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, cito parte da manifestação ministerial, que, por ser suficientemente esclarecedora, merece ser transcrita (fls. 183/186 do agravo em execução nº 0010297-11.2012.403.6181):

"[...] Consoante demonstrado pelos documentos supracitados, especialmente as fotografias de fls. 3387/3394, a câmera foi instalada de maneira sub-reptícia, tanto que se encontrava acondicionada dentro de uma caixa de papelão logo atrás de uma janela gradeada que separa o cômodo destinado aos policiais da garagem da residência do apenado.

A decisão também se respaldou no laudo de fls. 3425/3431, o qual comprova que o equipamento destinava-se à gravação ambiental, tendo os peritos concluído que 'o posicionamento e direcionamento da suposta câmara é perfeitamente compatível com o formato e ângulo de visada da imagem da sala dos agentes conforme observada na tela do sistema de monitoração da residência'.

Ademais, o laudo menciona que, além da microcâmera, foi encontrado dentro da referida caixa outro equipamento, possivelmente um microfone destinado à captação de sons do ambiente.

Dessa forma, restou comprovado que o apenado monitorou, de forma clandestina e com finalidade injustificada, por período de tempo indeterminado, a atividade dos agentes policiais responsáveis pela fiscalização de sua prisão domiciliar, possivelmente com a gravação das conversas entre eles travadas.

Não bastasse essa 'vigilância às escondidas', o apenado ainda contrariou a orientação do policial responsável pela fiscalização da custódia, ao exigir a recolocação da câmera no exato local em que se encontrava, desobedecendo, assim, o dever de obediência a servidor ou a pessoa com quem deva relacionar-se, previsto no artigo 39, inciso II da LEP, e incorrendo, por conseqüência, na falta grave do artigo 50, inciso VI do referido diploma legal.

[...]

De outra parte, a despeito do alegado pelo recorrente no sentido de que o processo administrativo consignou a inexistência de mídias de gravação das imagens captadas no cômodo dos policiais, importa observar que não consta do laudo pericial e nem do processo administrativo ou de quaisquer outros documentos a expressa indicação

de que os equipamentos eletrônicos existentes não serviam para gravação, ou de que não foram encontradas mídias.

Portanto, conclui-se que a decisão que reconheceu a prática de falta grave pelo apenado escorou-se em elementos robustos e harmônicos existentes nos autos, foi bem fundamentada, obedeceu à publicidade e não atentou contra o devido processo legal, não merecendo acolhida, portanto, o pleito para que seja anulada [...] - grifo nosso.

Outrossim, sopesados todos os aspectos fáticos e jurídicos supra apontados, não tenho qualquer dúvida em concluir que o recorrido violou disposição de lei expressa durante a execução de sua pena, fato inusitado, a demonstrar total desprezo e desrespeito pelo sentenciado aos rigores da legislação pátria, merecendo, pois, sua conduta ser reprimida à luz dos ditames legais, legitimando-se, pois, sua remoção ao cárcere ou a hospital penitenciário, com as condições já acima delineadas.

4) DA PRESCRIÇÃO

No tocante à arguição de prescrição, tenho que tal pleito não há de ser conhecido.

Isso porque, não tendo ainda transitado em julgado a r. sentença condenatória, ainda em fase recursal em tribunal superior, a competência para o eventual reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal é do Juízo onde se encontram os autos principais, devendo a questão ser analisada como prejudicial ao mérito do recurso.

Essa, a meu ver, é a melhor interpretação, pois todos os fatos jurídicos relevantes, como, por exemplo, as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, encontram-se inevitavelmente nos autos originários, a possibilitar uma correta análise do pleito prescricional.

Ademais, ao Juízo da execução criminal compete a prática de atos vinculados à execução da pena, podendo, evidentemente, em matéria

de prescrição, reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, intercorrente e executória, mas desde que já transitada em julgado a r. sentença condenatória.

É nesse sentido o quanto dispõe a Súmula 611 do STF, condicionando a aplicação da lei mais benigna pelo Juízo das Execuções Criminais ao trânsito em julgado da sentença:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna".

Dessa forma, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo natural do feito originário, nele se incluindo o tribunal onde estiver o feito em fase recursal, a aplicação da lei penal mais benigna, devendo a mesma interpretação ser aplicada em sede de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Ante esses fundamentos, não conheço do pedido defensivo.

5) CONCLUSÕES FINAIS

Sopesados todos os fundamentos expostos nos itens 1, 2 e 3 acima, e, principalmente, uma vez que constatado por perícia médica oficial não mais remanescer o quadro anterior de gravidade de saúde do ora recorrido, conforme decisões anteriormente consideradas, concluo não haver razão jurídica para a permanência do recorrido em prisão domiciliar, devendo ser removido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade) ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, caso necessário, **alternativas essas que deverão ser analisadas pelo MMº Juízo das Execuções Criminais, após realizadas as diligências imprescindíveis à remoção.**

Consigno, por fim, que, inexistindo ainda trânsito em julgado da condenação, **o sentenciado faz jus a prisão especial, à luz do**

previsto no artigo. 33, III, da LC 35/79, devendo o MMº Juízo "a quo" atentar para essa circunstância.

6) DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, não conheço da arguição de prescrição e, no mérito, **dou provimento ao recurso ministerial**, a fim de revogar a prisão domiciliar deferida e determinar a imediata transferência do recorrido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade), ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, **alternativas essas que deverão ser analisadas pelo MMº Juízo das Execuções Criminais, após realizadas as diligências imprescindíveis à remoção.**

Inexistindo ainda trânsito em julgado da condenação, **o sentenciado faz jus a prisão especial, à luz do previsto no artigo. 33, inciso III, da LC 35/79**, devendo o MMº Juízo "a quo" atentar para essa circunstância.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PRISÃO DOMICILIAR - REVOGAÇÃO - APENADO COM CONDIÇÕES DE SAÚDE ATUALMENTE FAVORÁVEIS AO CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL OU HOSPITALAR - COMETIMENTO, AINDA, DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO

1. A prisão domiciliar, recentemente acrescida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011 (artigos 317 e 318), é instituto de natureza processual e não de execução criminal, tratando-se de medida cautelar menos gravosa que a prisão processual propriamente dita, tal como as outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 daquele mesmo *Codex*.

2. Assim, não havendo ainda trânsito em julgado das condenações sofridas pelo recorrido, eventuais alterações em sede de medidas cautelares são da competência do juízo natural do feito principal, e, havendo recurso, ao tribunal onde o recurso estiver aguardando julgamento, à luz do quanto disposto no artigo 800 e parágrafo único do Código de Processo Civil, aplicável, *in casu*, por analogia ao artigo 3º do CPP.
3. Havendo conclusão médica oficial dando conta de ser desnecessária a custódia domiciliar do recorrido, isto é, uma vez alterado o quadro fático anterior que possibilitou referida benesse ao sentenciado, não subsiste mais qualquer razão para ser mantida, devendo o acusado retornar ao cárcere, ainda que submetido a cuidados especiais em razão de sua idade avançada.
4. Comprovado que o sentenciado agiu ilicitamente durante o curso do cumprimento da pena, revertendo a posição de fiscalizado para fiscalizador dos agentes estatais responsáveis pela execução das reprimendas a ele impostas, correta a r. decisão "a quo" que reconheceu a prática de falta grave pelo apenado, com fundamento no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal.
5. Preliminar de prescrição afastada, pois, não tendo transitado em julgado a r. sentença condenatória, ainda em fase recursal em tribunal superior, a competência para o eventual reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal é do Juízo onde se encontram os autos principais, devendo a questão ser analisada como prejudicial ao mérito do recurso.
6. Preliminar afastada. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da arguição de prescrição e, por maioria, no mérito, dar provimento ao recurso ministerial, a fim de revogar a prisão domiciliar deferida e determinar a imediata transferência do recorrido ao cárcere, desde que com condições adequadas a sua peculiar situação pessoal (pessoa com mais de oitenta anos de idade), ou, quando não, a hospital penitenciário que possibilite adequado tratamento de saúde, alternativas essas que deverão ser analisadas pelo MMº Juízo das Execuções Criminais, após realizadas as diligências imprescindíveis à remoção, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo Des. Fed. Antonio Cedenho, vencida a Juíza Federal Convocada Tânia Marangoni que negava provimento ao agravo em execução penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de março de 2013.

LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal