

HABEAS CORPUS Nº 500.623 - SP (2019/0084960-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JOAO PAULO PEREIRA GREJO
ADVOGADO : JOAO PAULO PEREIRA GREJO - SP0294628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ORIVAN DENIS MARQUES DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ORIVAN DENIS MARQUES DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2036276-35.2019.8.26.0000).

Consta dos autos que Juízo das Execuções Criminais indeferiu pedido de progressão ao regime semiaberto, formulado em benefício do sentenciado.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte estadual, mas a ordem foi denegada, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 106):

EXECUÇÃO PENAL. Progressão de regime prisional. Pedido indeferido por decisão suficientemente fundamentada. Deferimento do benefício em sede de habeas corpus. Impossibilidade. Necessidade de exame do material fático-probatório. Via eleita, ademais, que não é adequada à substituição do agravo em execução, recurso cabível para reexame da matéria. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente preenche os requisitos para promoção ao regime semiaberto - tem bom comportamento carcerário (nunca cometeu qualquer tipo de falta disciplinar, além de trabalhar e estudar no interior do presídio) e cumpriu 2/5 da pena, sendo réu primário.

Com isso, requer, em liminar e no mérito, ao menos o reconhecimento da primariedade do paciente, para que ele possa fazer jus à

progressão de regime.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 112/113).

O Ministério Público Federal opina "pelo provimento do *writ*" (e-STJ fls. 116/118).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo

em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da

ordem de ofício.

In casu, o Juízo das Execuções Criminais indeferiu o pleito de progressão de regime, sob o seguinte fundamento (e-STJ fl. 84):

O pedido é improcedente.

Com efeito, o sentenciado, não ostenta o requisito objetivo, pois deve cumprir 3/5 da pena, o que somente está previsto para ocorrer em 15.11.2019, conforme cálculo de fls. 69/70.

Carece, pois o sentenciado do requisito objetivo para a obtenção da progressão de regime.

Por todo o exposto, indefiro o pedido de progressão ao regime semiaberto formulado pelo sentenciado ORIVAN DENIS MARQUES DE OLIVEIRA, RG: 40300584, RJI: 170068779-07, Matrícula 867193-5, Penitenciária "Dr. Walter Faria Pereira de Queiroz" - Pirajuí, por falta de requisito objetivo.

Considerados os princípios da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e da economia processual, cópia da presente servirá de comunicação à administração penitenciária para anotações necessárias e ciência da parte.

Tendo em vista que esta decisão atende ao requerido pelo Ministério Público, desde logo declaro, unicamente em relação a este, o trânsito em julgado, haja vista a ocorrência da preclusão lógica.

O diretor da unidade prisional deverá providenciar a impressão da decisão via portal E-SAJ na pasta digital do pec para ciência do sentenciado.

A Corte de origem, por sua vez, denegou a segurança lá impetrada, mantendo o *decisum* prolatado pelo Juízo da instância primeira.

Vislumbro, na hipótese vertente, a ocorrência de constrangimento ilegal perpetrado contra o sentenciado.

Com efeito, verifica-se que o apenado é primário, e não reincidente, fazendo jus à progressão de regime prisional mediante o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, como bem ressaltou o *Parquet* federal, *in verbis* (e-STJ fl. 117):

In casu, o juiz da vara de execução penal (Fl. 84 e-STJ)

indeferiu o pleito de progressão de regime sob o fundamento de que "(...) o sentenciado, não ostenta o requisito objetivo, pois deve cumprir 3/5 da pena, o que somente está previsto para ocorrer em 15.11.2019, conforme cálculo de fls. 69/70."

Entretanto, no julgamento da Apelação da defesa nº 0001530-92.2016.8.26.0094 a 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo bem expôs: "As penas, todavia, devem ser revistas. No caso, as básicas partiram dos mínimos legais e foram majoradas em um sexto pela reincidência. Contudo, não há qualquer documento ou certidão aptos a comprovar a agravante, ou mesmo condenação com trânsito em julgado (fls. 23/24, 70 e 84/88), de modo que as reprimendas devem retornar ao piso (...)." (Fl. 11 e-STJ)

Assim, como afirmou o acórdão pela primariedade do paciente, verifica-se o constrangimento ilegal na aplicação da fração de 3/5 para a progressão de regime, devendo ser aplicada a fração de 2/5 e concedendo o direito do paciente a benesse (art. 2º, §2º, da Lei de Crimes Hediondos).

Nessa linha de entendimento, colaciono, a título exemplificativo, os seguintes julgados, proferidos por esta Superior Corte de Justiça (sem grifos no original):

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. LAPSO TEMPORAL DE 3/5 (TRÊS QUINTOS). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A Lei n. 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, previu lapsos mais gravosos à progressão de regime ao estabelecer que a promoção ao novo regime prisional dar-se-á após o resgate de 2/5 (dois quintos) da pena corporal, se o condenado for primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente, sendo desnecessária que a reincidência seja específica.

3. Na hipótese em exame, ostentando o paciente a condição de reincidente, deve ser observado o lapso temporal de 3/5 de pena

cumprida para fins de obtenção da progressão de regime, conforme determina o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990.

4. Não há falar em aplicação do percentual de 1/6 (um sexto), como pretende a defesa, para a progressão de regime em relação à condenação dos crimes comuns, pois, unificada as penas, conforme determina o art. 111 da LEP, a reincidência deve incidir sobre o somatório das penas.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 367.510/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

HABEAS CORPUS. REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA DE CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDOS (TRÁFICO DE DROGAS). PEDIDO DE QUE, RELATIVAMENTE À PRIMEIRA CONDENAÇÃO - QUANDO O EXECUTANDO AINDA NÃO ERA REINCENTE -, POSSA A PROGRESSÃO DE REGIME OCORRER APÓS CUMPRIMENTO DE 2/5 DA PENA. PRETENSÃO CONTRÁRIA À INTELIGÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 2º, § 2º, DA LEI N.º 8.072/90 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464, DE 28/03/2007). ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A interpretação que se pode conferir ao art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90 (redação dada pela Lei n.º 11.464, de 28/03/2007) é a de que, no caso de condenação por crime hediondo ou equiparado, exige-se, para a progressão de regime prisional, o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da reprimenda reclusiva se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) do total da pena unificada, se reincidente.

2. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 264.541/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. PRAZOS DA LEI N.º 11.464/2007 QUE DEVEM SER RESPEITADOS. RÉU CONDENADO ANTERIORMENTE POR DELITO COMUM. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE. DISTINÇÃO NÃO REALIZADA PELA LEGISLAÇÃO. PRIMARIEDADE NÃO CARACTERIZADA. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Praticado delito hediondo na vigência da Lei n.º 11.464/2007, devem ser respeitados os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos)

da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional.

II. O legislador, ao impor a fração de 3/5 de pena cumprida aos reincidentes, para fins de obtenção da progressão de regime, não distinguiu as modalidades de reincidência, tendo apenas exigido a condição de primário àqueles agentes condenados pela prática de delito hediondo, para que o lapso temporal utilizado para o cálculo da concessão do benefício fosse o de 2/5.

III. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que o § 2º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, modificado pela Lei n.º 11.464/2007, não faz distinção entre reincidência comum ou específica, devendo, portanto, incidir a fração de 3/5 a todos os agentes reincidentes, independentemente da natureza do delito antes cometido.

IV. Tendo o réu praticado delito hediondo e diante de sua condição de reincidente, deve ser repetido o lapso temporal de 3/5 de pena cumprida para fins de obtenção da progressão de regime, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.

V. Ordem denegada.

(HC 176.123/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012)

Existência, portanto, efetivamente, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.

Diante do exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para determinar ao Juízo das Execuções Criminais a reapreciação do pedido de progressão de regime prisional formulado, considerada a primariedade do sentenciado, com aplicação, por conseguinte, da fração de 2/5 (dois quintos) do cumprimento da pena, avaliando, também, o preenchimento do requisito de natureza subjetiva para concessão do benefício.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se. Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

