**HABEAS CORPUS Nº 494.404 - MS (2019/0048702-2)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL<br>OZIEL MIRANDA - MS004096B |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL |
| PACIENTE | : | THIAGO PRATES MENDES (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de THIAGO PRATES MENDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais determinou a retificação do cálculo de pena para que passasse a constar a aplicação da fração de 2/5 (dois quintos) para fins de progressão de regime, referente ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fl. 101).

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o TJMS, que deu provimento ao recurso em *decisum* assim ementado (e-STJ fl. 99):

> ***AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL*** *- CONDENADO A CRIME HEDIONDO - RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENA - APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/5 PARA A PROGRESSÃO - TESE ACOLHIDA -* ***RECURSO PROVIDO***

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega que o paciente " está diante de flagrante ilegalidade cometida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, qual seja, considerar a fração de 3/5 (três quintos) no cômputo para previsão do benefício da progressão de regime sobre

todas as condenações por crimes hediondos praticadas pelo Paciente, mesmo naquelas em que foi reconhecida a sua primariedade" (e-STJ fl. 5).

Afirma que "a 2ª Câmara Criminal está a cercear o direito de ir e vir do paciente, pois, irá cumprir a sua pena em regime mais gravoso, por período superior ao que a lei determina, **EM EVIDENTE EXCESSO DE EXECUÇÃO**, caso não seja reconhecido e efetivamente aplicado *in concreto* o seu direito" (e-STJ fl. 5).

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem em favor do reeducando, "reformando-se o v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do sul, mantendo a decisão de que indeferiu a retificação do cálculo de pena, a fim de que sejam conservadas as diferentes frações para cada condenação, com relação ao benefício da progressão de regime" (e-STJ fl. 12).

Liminar indeferida (e-STJ fls. 115/117).

Informações prestadas pela Vice-Presidência do TJMS (e-STJ fls. 132/138) e pelo Juízo da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS (e-STJ fls. 140/143).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 147/151).

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, confiram-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*, a Corte de origem deu provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, adotando, no voto condutor do acórdão proferido, a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 103/104):

> [...]
>
> *Nota-se, portanto, que para progredir de regime prisional, o condenado por crime hediondo, se reincidente, deverá cumprir 3/5 (três quintos) da pena aplicada, nos termos do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, não importando, aqui, se a reincidência é específica ou não. Basta que seja reincidente, ainda que a reincidência seja genérica.*
>
> *Vale dizer, deverá ser delimitado se, unificando-se duas condenações, os efeitos da reincidência, reconhecida em apenas uma delas, deverá se estender sobre a totalidade das penas somadas ou somente sobre a respectiva condenação isolada.*
>
> *A reincidência deve impactar no somatório das penas, ainda que atinja pena imposta ao réu enquanto primário, sendo inviável, para concessão dos benefícios penais previstos na LEP, a*

> *análise individualizada e, consequentemente, a aplicação concomitante de frações distintas, afetas às condições de primariedade e reincidência.*
>
> [...]

Com efeito, firmou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo).

Nesse sentido, colaciono, a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

> *EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR LESÕES CORPORAIS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/5 APENAS AO REINCIDENTE ESPECÍFICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *I - Pretende o agravante o reconhecimento da ilegalidade do v. acórdão vergastado, o qual reconheceu que, para a progressão ao regime semiaberto, é necessário o cumprimento de 3/5 da pena, tendo em vista a existência de duas condenações (crime de lesão corporal e tráfico), sob o argumento de que apenas o reincidente específico em crime hediondo deverá cumprir 3/5 (três quintos) da pena que lhe foi imposta para poder progredir de regime prisional.*
>
> *II - Contudo, não há reparos a serem feitos aos pronunciamentos das instâncias ordinárias, pois, no tocante à reincidência indicada no § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, não se exige "que o sentenciado seja reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. O conceito de reincidência referido no art. 2o, § 2o, da Lei n° 8.072/90, com redação dada pela Lei n° 11.464/2007, é o do art. 63 do CP (reincidência genérica)" (JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal Anotado. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.729).*
>
> *Precedentes.*

*Agravo regimental desprovido.*

*(AgRg no RHC 56.240/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015)*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. LEGALIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. NECESSIDADE DA REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIME HEDIONDO PARA INCIDIR O LAPSO TEMPORAL DE 3/5. REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*

*2. A condenação transitada em julgado pela prática do tipo penal inserto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 gera reincidência, sendo fundamento legal idôneo para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.*

*3. Nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo).*

*4. Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 231.856/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 23/06/2015)*

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

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **nego seguimento** ao *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator