HABEAS CORPUS Nº 504.601 - SP (2019/0107816-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	MURILLO GONCALVES BENTO
ADVOGADO	:	MURILLO GONÇALVES BENTO - SP389721
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RODRIGO DE ABREU (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de RODRIGO DE ABREU contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais indeferiu o pedido de progressão de regime prisional formulado em favor do sentenciado.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante o TJSP, que não conheceu da impetração, por inadequação da via eleita.

No presente *writ*, o impetrante alega que "o M.M. Juiz está se baseando na gravidade em abstrato do crime para negar uma progressão de regime que se encontra com todos os requisitos favoráveis, violando assim o disposto na Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal. Verifica-se que o Paciente já foi condenado pelo delito, e, em fase de execução criminal ainda está sendo penalizado pelo mesmo crime, pois não estão julgando os merecimentos em cárcere para progressão, mas sim o crime que cometeu de forma abstrata, o que é vedado pela Súmula 718" (e-STJ fls. 7/8).

Requer, dessa forma, liminarmente e no mérito, seja determinado o julgamento do mérito do *Habeas Corpus* n. 2041913-64.2019.8.26.0000, impetrado na Corte de origem.

É o relatório. **Decido.**

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que

visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

No caso dos autos, **verifico manifesto constrangimento ilegal**, apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Mostra-se inviabilizado o conhecimento da questão suscitada no presente *writ* diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que o tema não chegou a ser apreciado pelo Tribunal estadual. A propósito, confiram-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.*
>
> *I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.*
>
> *II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.*
>
> [...] *Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).*

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, não mais admite a utilização do *habeas corpus* como substituto do recurso próprio (recurso ordinário, recurso especial, agravo em execução ou revisão criminal), assim também não o fazendo as instâncias ordinárias, de modo a não frustrar a sua finalidade que é a de atuar de forma célere e efetiva no caso de manifesta violência ou coação à

liberdade de locomoção do cidadão por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, da CF).

Assim, verificada hipótese de impetração de *habeas corpus* em lugar do instrumento próprio, de rigor o seu não conhecimento, *a menos que constatada ilegalidade flagrante, caso em que a ordem pode ser concedida de ofício, como forma de cessar o constrangimento ilegal.*

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. (...). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 6/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 6/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. [...] (HC 218.537/SP Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13/8/2013).*

Na hipótese, verifica-se que o Tribunal estadual limitou-se ao não conhecimento do *writ* originário, *sem avaliar a existência de eventual ilegalidade perpetrada em desfavor do ora paciente.* Muito embora tecnicamente correta a decisão, nos moldes da orientação do STJ e do STF, é indispensável que se afaste por completo a existência de flagrante constrangimento ilegal, sob pena de ofensa ao art. 5º, LXVIII, da CF.

Nesse contexto, a solução passa pelo retorno dos autos à origem para que a Corte *a quo* examine, ainda que sucintamente, se a hipótese é de concessão da ordem, de ofício. Veja-se:

> *2. - De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de existir recurso próprio e adequado para questionar as decisões proferidas em tema de Execução Penal, a ação de habeas corpus substitutiva de agravo em execução deve ser analisada pela Corte de origem com o intuito de verificar a existência de flagrante ilegalidade, desde que não seja necessário o reexame de fatos e provas, como na espécie, em que se discute o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos à progressão de regime. Precedentes.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça de São Paulo examine o mérito do Habeas Corpus n. 0160802-21.2013.8.26.0000 como entender de direito (HC 282.251/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 19/3/2014).*

No mesmo sentido: RHC 38.921/SP, Relatora Ministra. REGINA HELENA COSTA, DJ 17/12/2013, HC 273823/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 19/9/2013.

Impende ressaltar que, na hipótese vertente, não obstante o paciente ter alegado constrangimento ilegal perpetrado pelo Juízo das Execuções Criminais, consistente no indeferimento do pedido de progressão de regime prisional com fundamento, tão somente, na gravidade abstrata do delito e na longevidade da pena, tal ilegalidade não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, o qual não conheceu da impetração por inadequação da via eleita.

Observa-se, que, efetivamente, a decisão do Juízo da instância primeira baseou-se unicamente na gravidade abstrata do delito e na longa pena a cumprir (e-STJ fls. 35/36).

Ante o exposto, **defiro a liminar** para determinar que o Tribunal *a quo* aprecie a existência de eventual constrangimento ilegal

perpetrado em desfavor do paciente.

Comunique-se, com urgência.

Devidamente instruído o feito, dispenso as informações de praxe.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 16 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator