HABEAS CORPUS Nº 494.852 - SP (2019/0052510-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANILO PEREIRA LEITE - SP349333
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDVALDO ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDVALDO ALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução n. 7005235-08.2018.8.26.0482).

Consta dos autos que o Juízo da 2ª Vara de Execuções Criminais de Presidente Prudente indeferiu pedido de livramento condicional, por ausência do requisito subjetivo (e-STJ fl. 18).

Inconformado, o paciente, assistido pela Defensoria Pública de São Paulo, interpôs Agravo em Execução perante a Corte estadual. O recurso, no entanto, foi desprovido pela 5ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 47):

> *Agravo em Execução Penal - Pleito de livramento condicional indeferido, por ausência do requisito subjetivo - Recurso da defesa - Agravante que ostenta condenações por tráfico ilícito e furto, com considerável pena ainda por cumprir - Registra a prática de ato de indisciplina de natureza grave (subversão, incitação e tumulto) - Ausência de juízo minimamente seguro quanto ao não retorno à delinqüência e ao cabal cumprimento da pena - Vedação ã progressão per saltum - Liberdade plena que deve ser alcançada gradativamente, com o fito de assimilar o processo de reeducação penal atinente a cada etapa da expiação - Precedente desta C. Câmara - Inteligência da Súmula 491, do STJ - Agravo não provido.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta que o indeferimento ao livramento condicional se baseou na gravidade abstrata dos delitos praticados pelo paciente e no suposto histórico disciplinar desfavorável.

Argumenta que, pelo histórico prisional do paciente, ele é merecedor da benesse perseguida, pois já alcançou o lapso temporal exigido para o benefício e apresenta atestado de "BOM" comportamento carcerário.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão imediata do livramento condicional ao paciente, uma vez que preenchidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 58/60).

O Ministério Público Federal opina "pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 65/68).

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 implicao 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.

Na espécie, assim decidiu o Tribunal ao indeferir o livramento condicional ao paciente (e-STJ fls. 46/50):

> *Acrescente-se que, embora parte da doutrina e da jurisprudência considere que o livramento condicional não integra o sistema progressivo, não se pode negar que se trata de benefício sobremaneira amplo, constituindo, assim, hipótese de verdadeira liberdade, razão pela qual há aspectos subjetivos que devem ser observados na avaliação do mérito do apenado, como garantia de que não voltará a delinquir.*
>
> *E, in casu, conquanto o recorrente tenha obtido atestado de bom comportamento carcerário (fl. 3), os demais elementos de convicção constantes dos autos evidenciam a ausência de aptidão para vivenciar a liberdade antecipada.*
>
> *[…]*
>
> ***Não bastasse, durante a expiação, ele praticou ato de indisciplina de natureza grave (subversão, incitação e tumulto, aos 11.4.2017)**, a despontar, portanto, a patente falta de assimilação da terapêutica penal e, sem dúvida, ser precoce sua soltura, sob risco de violação aos preceitos constitucionais da individualização da pena e da isonomia, porquanto, ao inverso, disciplinados e indisciplinados teriam o mesmo tratamento e fariam jus aos mesmos benefícios, nas mesmas épocas, nada importando o seu comportamento durante a execução da pena.*

Ao que cuido, foi indeferido o pleito de livramento condicional de forma fundamentada, **tendo em vista o histórico prisional do paciente (prática de falta grave no curso da execução penal).**

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PRECLUSÃO. CONTRARRAZÕES DO AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. FALTAS GRAVES. PARECER PSICOLÓGICO DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA PRESENTE VIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.*
>
> *I - Havendo pedido expresso de sustentação oral, a ausência de intimação do advogado constituído torna nula a sessão de julgamento.*
>
> *Contudo, a nulidade deve ser arguida na primeira oportunidade em que a defesa tomar ciência do julgamento, levando ao conhecimento da Corte local, por meio do recurso cabível, a ocorrência do vício e o efetivo prejuízo, sob pena de preclusão. Precedentes.*
>
> *II - A suposta preclusão temporal para o Ministério Público quanto ao oferecimento de contrarrazões no âmbito do agravo em execução não foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, fato que impede o exame da matéria por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.*
>
> *Precedentes.*
>
> ***III - O cometimento de falta grave no curso da execução, conquanto não interrompa o lapso temporal para a concessão do livramento condicional (Súmula 441/STJ), pode impedir a concessão do benefício, por ausência de implementação do requisito subjetivo, nos termos do art. 83, III, do Código Penal. Precedentes.***
>
> *IV - O recorrente incorreu em faltas graves e cometeu novas infrações penais em oportunidades anteriores em que esteve em regime semiaberto, assim como o relatório psicológico reportou dados que se prestam a fundamentar decisão que indefere o livramento condicional por ausência de requisito subjetivo.*

V - Nesse cenário, não se tendo constatado manifesta ilegalidade, desconstituir o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias a fim de aferir o efetivo preenchimento do requisito subjetivo exigiria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento inviável na via do habeas corpus ou do recurso ordinário.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 106.180/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 07/03/2019)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. HISTÓRICO CARCERÁRIO CONTURBADO. PRÁTICA DE FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA GRAVE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Legítima é a denegação de livramento condicional com base em fundamentos concretos, que acarretam o não preenchimento do requisito subjetivo, como o histórico carcerário conturbado do apenado.

2. Decisão monocrática mantida.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 414.730/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018)

Por outro lado, é firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de *habeas corpus*, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

Incide, na espécie, a seguinte diretriz jurisprudencial, in *verbis:*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL E PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTURBADO HISTÓRICO PRISIONAL DO PACIENTE. PRÁTICA DE FALTAS DISCIPLINARES. REVISÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSIDERAÇÃO DE TODO O PERÍODO A EXECUÇÃO DA PENA PARA ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ, sem prejuízo da verificação das alegações expostas na inicial ante a possibilidade de se verificar a existência de flagrante constrangimento ilegal.

2. Esta Corte superior pacificou o entendimento segundo o qual, ainda que haja atestado de boa conduta carcerária, a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das execuções ou pelo Tribunal de origem,com base nas peculiaridades do caso concreto e ***levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do livramento condicional*** *e da progressão de regime pelo inadimplemento do requisito subjetivo.*

3. No presente caso, as instâncias ordinárias entenderam ausente o requisito subjetivo para a concessão dos benefícios em decisão fundamentada, baseando-se em fatos concretos do conturbado histórico prisional do paciente, sobretudo em razão da prática de faltas disciplinares, duas delas de natureza grave, consistentes em furto, em 31/12/12, e abandono, em 5/1/2009, além de uma falta de natureza média, caracterizada pela falta de urbanidade, ocorrida em 18/2/13. Assim, evidenciada a idoneidade da fundamentação utilizada na origem, não há falar em flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

4. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que a desconstituição da conclusão das instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo para a concessão de benefícios prisionais implica no reexame aprofundado do

> ***conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com os estreitos limites da via eleita. Precedentes.***
>
> *5. Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que não se aplica limite temporal para a análise do preenchimento do requisito subjetivo, devendo ser considerado todo o período de execução da pena, a fim de se aferir o mérito do apenado. Habeas corpus não conhecido. (HC 411.096/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)*

Assim, não configurado, na espécie, constrangimento ilegal a justificar a concessão do *writ* de ofício.

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus.*

Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator