HABEAS CORPUS Nº 514.946 - SP (2019/0166622-0)

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 favor de RODRIGO DE ABREU contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Habeas Corpus* n. 2041913-64.2019.8.26.0000).

Consta processo conexo, o HC n. 504.601/SP, impetrado nesta Corte Superior após indeferimento do pedido de progressão de regime, pelo Juízo das Execuções Criminais, e posterior interposição de *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*, que não conheceu do pedido por inadequação da via eleita.

Naquela ocasião, esta Corte determinou, sob pena de indevida supressão de instância, o retorno dos autos à origem para que se examinasse a existência de constrangimento ilegal, uma vez que o tema não chegou a ser apreciado, limitando-se o juízo de primeiro grau a não conhecer do pedido sem sequer avaliar a existência de eventual ilegalidade.

Em nova manifestação, o Juízo da Execução de Presidente Prudente/SP indeferiu a promoção ao regime semiaberto do paciente - condenado como incurso no art. 157 do Código Penal (por 2 vezes) à pena de 26 anos, 11 meses e 16 dias em regime inicial fechado -, no que foi seguido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Alega em seu acórdão: 1) o não preenchimento de requisitos subjetivos para se alcançar a progressão, não sendo suficiente o atestado de bom comportamento carcerário; 2) a longa pena a cumprir, conforme cálculo de liquidação de penas; 3) risco à sociedade, tendo em vista que há dúvida acerca da aptidão do paciente em retornar ao convívio social, ainda que de forma

gradual (e-STJ fls. 41/42).

Nesta impetração, a defesa argumenta, por sua vez, que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois possui mérito objetivo e subjetivo constantes do art. 112 da Lei de Execuções Penais e teve sua progressão de regime negada com base em fundamentações ilegítimas/inidôneas: ausência do requisito subjetivo sob a alegação da gravidade abstrata do crime e longa pena a cumprir, contrariando entendimentos pacíficos dos Tribunais Superiores, inclusive a Súmula Vinculantc n. 718 do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl.5).

Ressalta que o paciente possui mérito objetivo - cumprimento de 1/6 da pena desde 21/3/2018; é primário; não participa de organização criminosa; sempre exerceu atividade fáborativa no cárcere com excelente desempenho, contando com inúmeros dias remidos; apresenta bom comportamento carcerário sem qualquer falta disciplinar grave, conforme boletim informativo; e, realizado o exame criminológico, obteve por unanimidade laudo favorável para a progressão, conforme documento anexado (e-STJ fl. 4).

Com isso, requer a concessão da liminar e, no mérito, que seja conhecido e provido o presente *writ*, cassando-se a sentença de primeiro grau e o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo para determinar ao paciente sua progressão ao regime semiaberto.

Liminar deferida "para determinar que o Juízo das execuções criminais reaprecie o pedido de progressão de regime prisional, baseando-se em dados concretos relativos à execução da pena do ora paciente" (e-STJ fls. 46/52).

O Ministério Público Federal opina "pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão, de ofício, da ordem" (e-STJ fls. 59/64).

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, o paciente teve o pedido de progressão para o regime semiaberto indeferido pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. Inconformada com tal decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, o qual denegou a ordem, mantendo o *decisum* prolatado pela instância

primeira.

Confira-se a fundamentação adotada pela Corte local (e-STJ fls. 41/43):

> [...]
>
> *Das informações prestadas pela douta autoridade apontada coatora consta que o paciente "foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, no total de 27 anos e 06 meses de reclusão, no regime fechado, por infração aos artigos 157, §2º, I, II e V, do Código Penal e 288, caput, do Código Penaí" (sic), com término previsto para 20/02/20414.*
>
> *O d. magistrado de primeiro grau informou, ainda, que por ''decisão de 15/02/2019, foi indeferido o pedido de progressão, por falta de requisito subjetivo" (s/c).*
>
> *De rigor anotar, ainda, que em consulta digital ao processo de execução do paciente (autos nº 0004623-73.2016.8.26.0996), verificou-se que, da mesma decisão ora atacada, foi interposto Agravo em Execução, que está em fase de processamento no d. juízo a quo.*
>
> *Não obstante as ponderações do combativo impetrante, a ordem deve ser denegada.*
>
> *Isso porque, não se verifica nenhuma ilegalidade no r. decisum do d. juízo das Execuções Criminais (fl. 33 do writ) que bem justificou o indeferimento da benesse pretendida nos seguintes termos:*
>
> > *(...) A pretensão é improcedente.*
> >
> > *A despeito do cumprimento do requisito objetivo, o sentenciado não reúne méritos subjetivos para alcançar a progressão e possui longa pena por cumprir, conforme cálculo de liquidação de penas.*
> >
> > *E mais. Tratando-se de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, no presente caso, roubos, demonstram a necessidade de permanência maior no cárcere, visando absorver a terapia penal e revelar seu merecimento à progressão para regime mais brando.*
> >
> > *Sendo que diante da situação específica do sentenciado apesar do atestado de bom comportamento carcerário não se pode dizer somente com base nele que está preenchido o requisito subjetivo.*
> >
> > *Diante do exposto, por ora, **INDEFIRO** a promoção do(a) sentenciado(a) **RODRIGO DE ABREU**, MTR: 870.522, RG: 46759400, RJI: 170157243-10, recolhido(a) no(a) **Penitenciária de Presidente Prudente**, ao regime semiaberto" (sic).*
>
> *Ora, não se pode olvidar que todos os benefícios passíveis de deferimento em sede de execução penal somente podem ser*

> *concedidos se não representarem risco à sociedade, já que a segurança da comunidade é direito que prevalece sobre o interesse individual do condenado.*
>
> *Assim, havendo um mínimo de dúvida acerca da aptidão do reeducando em retornar ao convívio social, ainda que forma gradual, o benefício almejado deve ser negado.*
>
> (...)
>
> *Diante de tal quadro, era mesmo inviável a concessão de progressão ao regime semiaberto ao paciente.*
>
> [...]

Sustenta o impetrante que o Tribunal coator fincou motivação do *decisum* em dados abstratos e genéricos, que não guardam qualquer relação com o caso concreto.

Razão assiste à defesa.

Com efeito, na espécie, a progressão do reeducando para o regime semiaberto foi indeferida com fundamento, tão somente, na gravidade abstrata dos delitos pelo qual foi condenado o paciente e na longa pena a cumprir.

Sobre a matéria, esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento no sentido de que fatores relacionados ao crime praticado são determinantes da pena aplicada, mas não justificam diferenciado tratamento para a progressão de regime, de modo que a avaliação do cumprimento do requisito subjetivo somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal.

Confira-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME DETERMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA REQUISITO SUBJETIVO. PERICULOSIDADE DO APENADO EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

- Não há como conhecer de habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Verifica-se o pedido deduzido na impetração apenas no tocante à existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

- A decisão que determinou o retorno do apenado ao regime fechado e a realização de exame criminológico antes da concessão do benefício, está fundamentada, tendo a Corte Estadual entendido, no caso concreto, que se tratava de pessoa com personalidade perigosa, voltada para a prática de crimes. Chegou a essa conclusão após examinar a folha de antecedentes e a gravidade concreta dos crimes praticados pelo paciente, que possui duas condenações pelos crimes de roubo circunstanciado e formação quadrilha, praticados contra joalherias. Vale destacar que em uma das empreitadas criminosas, o paciente assaltou loja localizada no interior de um shopping center, restringiu a liberdade de clientes e funcionários, se apropriou de mercadorias de elevado valor, e, no momento da fuga, ainda tomou como refém, sob a mira de arma de fogo, funcionário do referido estabelecimento, até que pudesse se evadir do local.

- Nesse contexto, está devidamente fundamentada a exigência de exame criminológico para a concessão de progressão de regime, não cabendo reparo na decisão da Corte Estadual.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 308.399/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA 691/STF. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. DESNECESSIDADE. FACULDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE DO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Impetração contra decisão monocrática por meio da qual foi indeferido pedido de medida liminar. A hipótese, de regra, atrairia a incidência da Súmula 691 do Pretório Excelso. Contudo, verificada flagrante ilegalidade, é possível a concessão da ordem em habeas corpus impetrado contra o indeferimento de liminar.

II - Com as inovações trazidas pela Lei 10.792/03, alterando a redação do art. 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), afastou-se a exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime. Por outro lado, este eg. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o magistrado de primeiro grau, ou mesmo o Tribunal a quo, diante das circunstâncias do caso concreto, podem determinar a realização da referida prova técnica para a formação de seu convencimento, desde que essa decisão seja adequadamente motivada. (Enunciado sumular de n. 439/STJ e Súmula Vinculante de n. 26/STF).

III - No presente caso, a r. decisão do Juízo da Vara de Execução Criminal, ao determinar a realização do exame criminológico do paciente, embasou-se, genericamente, na gravidade abstrata do crime pelo qual o paciente foi condenado - roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes -, não apontando elementos concretos dos autos que pudessem justificar a necessidade do exame técnico para a formação de seu convencimento.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para cassar a decisão do juízo da Vara de Execução Criminal da Comarca de São Vicente/SP, proferida nos autos da Execução Criminal n. 1.049.843, determinando ao Juízo da Execução que aprecie o pedido de progressão de regime prisional do paciente, à luz do art. 112 da Lei de Execução Penal.

(HC 310.232/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 10/04/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Em casos pontuais, a circunstância de o apenado ter praticado vários crimes com violência ou grave ameaça contra a pessoa e o registro de faltas disciplinares graves no curso da execução penal podem ser sopesados, conjuntamente, como indicativos de maior periculosidade, a recomendar cuidado na promoção de benefícios.

2. Entretanto, a simples menção a gravidade abstrata dos crimes cometidos (tráfico de drogas e formação de quadrilha), isoladamente, não se mostra suficiente para cassar a progressão de regime concedida pelo magistrado das execuções.

3. Agravo não provido.

(AgRg no HC 304.495/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, RATIFICADA A LIMINAR.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. No caso, valeu-se o Tribunal de origem de fundamentação inidônea para cassar a progressão de regime concedida pelo Juízo das Execuções Penais, pois utilizou-se apenas da gravidade do crime pelo qual a apenada foi condenada, do restante da longa pena a cumprir, bem como de ilações genéricas acerca da imprescindibilidade da realização do exame criminológico, de forma que fica evidenciado o constrangimento ilegal ocasionado à paciente.

3. Ordem não conhecida. Ratificada a liminar anteriormente deferida. Habeas corpus concedido de ofício para cassar o acórdão proferido no Agravo de Execução Penal n. 0198389-77-2013.8.26.0000 e restabelecer a decisão do Juízo da Execução Penal que concedeu à paciente a progressão para o regime semiaberto.

(HC 293.882/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014)

Configurada, portanto, na espécie, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão do *writ* de ofício.

Diante do exposto, nego seguimento ao *habeas corpus.* No entanto, **concedo a ordem de ofício** para cassar o acórdão proferido no Agravo em Execução Penal n. 2041913-64.2019.8.26.0000, e, em consequência, confirmar a liminar anteriormente deferida, que determinou ao Juízo das Execuções Criminais a reapreciação do pedido de progressão de regime prisional, baseando-se em dados concretos relativos à execução da pena do ora paciente.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator