

HABEAS CORPUS Nº 478.098 - SP (2018/0296721-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELTON APARECIDO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de ELTON APARECIDO DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo em Execução Penal n. 0002903-03.2018.8.26.0026.

Extraí-se dos autos que em 26/1/2018, o Juízo das execuções penais deferiu pedido de livramento condicional formulado em favor do paciente (fls. 87/88).

Em agravo em execução penal julgado em 16/8/2018, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público, para determinar o retorno do agravado ao regime fechado para realização de exame criminológico, nos termos do acórdão juntado às fls. 16/22.

No presente *writ*, sustenta a existência de constrangimento ilegal na determinação do retorno do paciente ao regime fechado para realização de exame criminológico, sem a devida fundamentação legal. Aduz que o exame criminológico somente pode ser exigido com base em elementos concretos observados no curso da execução e afirma que a gravidade do delito e a longevidade da pena não constituem fundamentação idônea para justificar a realização da perícia ou a cassação do benefício. Aponta afronta à Súmula 439/STJ.

Requer, em liminar e no mérito, o restabelecimento do livramento condicional deferido pelo Juízo das execuções.

Indeferida a liminar (fls. 96/97) e prestadas as informações solicitadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas, caso conhecido, pela concessão da ordem pretendida (fls. 128/133).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício, conforme se extrai do seguinte julgado:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM
SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO
INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO
CONHECIMENTO.*

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 358.398/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 09/08/2016).

No caso dos autos, a controvérsia refere-se ao exame criminológico.

Conforme relatado, Tribunal de Justiça determinou a realização do referido exame como condição prévia à análise do pedido de livramento condicional, sob os seguintes fundamentos:

Com efeito, a grande dificuldade de se ressocializar o delinquente é de ordem prática, pois “ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Se aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no novo grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisonizado” , conforme a lição de MANOEL PEDRO PIMENTEL, citado por RENATO MARCÃO (in “Curso de Execução Penal”, Saraiva, 2007, página 120).

Por isso mesmo é impossível conceber que um simples atestado do diretor do presídio seja apto para substituir a Comissão

Técnica de Classificação criada pelo artigo 7º da Lei de Execução Penal, que é o grupo multidisciplinar encarregado da feitura do exame criminológico - presidido pelo diretor da cadeia, e integrado por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social -, única forma segura de se apreciar se o sentenciado reúne, ou não, mérito para conseguir o livramento condicional, até porque “os conceitos de mérito e demérito são fluidos e profundamente impregnados de subjetivismo” , no dizer de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. (in “Comentários ao Código Penal”, Saraiva, 2002, página 147).

Assim, ao meu ver, continua sendo necessária a realização do exame criminológico, mesmo após o advento da Lei nº 10.792/03 -, para que se possa apreciar se o sentenciado reúne, ou não, condições pessoais para conseguir o livramento condicional, mormente quando se está diante de indivíduo condenado por quatro furtos e, ao que consta, somente saldará sua dívida com a Justiça em 2025 (fls. 165/170).

Realmente, tenho que a mudança do artigo 6º da Lei de Execução Penal, efetivada pela Lei nº 10.792/03, limitou-se à redação do dispositivo. Em suma, trata-se de um problema de forma, não de fundo, ou seja, mudou a letra da Lei, não o seu espírito.

E, ademais, se à Comissão Técnica de Classificação incumbe elaborar “o programa individualizador da pena privativa de liberdade”, como reza o novo diploma legal, é óbvio que àquele órgão cabe, necessariamente, fazer o acompanhamento da execução das penas, de que falava o antigo artigo 6º da Lei nº 7.210/84.

Aliás, seria pouco útil que a legislação atribuisse à Comissão Técnica de Classificação a possibilidade de intervir apenas uma vez, no início da execução da pena, dada a própria natureza dinâmica do processo de ressocialização dos condenados, derivada da existência de três regimes sucessivos de cumprimento da pena.

Note-se que continua em vigor o artigo 8º da Lei nº 7.210/84, que determina a realização de “exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”, tanto para o condenado ao cumprimento de pena no regime fechado, quanto no semiaberto.

Também não seria admissível que o sentenciado pudesse obter livramento condicional obedecendo, tão-só, requisitos de ordem objetiva, porque a aferição do mérito do condenado, de que fala o artigo 83, do Código Penal - mandamento que ninguém duvida que continue em plena vigência - é conditio sine qua non para que a ele se conceda a benesse.

Em outras palavras, continua sendo obrigatório, sim, que o reeducando preencha também requisitos de ordem subjetiva para obter o livramento condicional, mas a constatação disto implica na aferição das mudanças psicológicas que o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade vai propiciando ao condenado, paulatinamente.

Tanto é assim que continua sendo compulsório, para a obtenção do benefício, o bom comportamento carcerário, circunstância que reflete apenas parte desse mérito, parte da esperada capacidade de

recuperação que o reeducando tem que demonstrar, para fazer jus ao livramento. A outra parte desse mérito precisa ser aferida pelo exame criminológico.

Então, soa como rematado absurdo dizer-se que a nova Lei aboliu o exame criminológico, posto que só com a realização desta prova é que se poderá apreciar se o sentenciado reúne, ou não, mérito para conseguir a benesse.

Em suma, se fosse intenção do legislador abolir o exame criminológico, seria preciso modificar a redação não só dos artigos 6º e 131 da Lei de Execução Penal, mas também - e principalmente - dos artigos 8º e 9º daquele mesmo diploma e do artigo 83, do Estatuto Repressivo.

E, como isto não foi feito, conclui-se que continua sendo imprescindível a feitura do exame criminológico, cujo resultado favorável ao examinando é condição impostergável para que lhe seja concedido o livramento condicional.

[...]

Destarte, e considerando que o artigo 112, parágrafo 2º, da Lei de Execução Penal determina que “Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”, é de clareza solar que a decisão vergastada não pode subsistir.

Nestas condições, DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial, para cassar a decisão guerreada, determinando o retorno do agravado para o regime fechado e a realização do exame criminológico (18/22).

Embora a alteração legislativa produzida pela Lei n. 10.792/2003, no art. 112 da Lei n. 7.210/84 (LEP), tenha suprimido a referência expressa ao exame criminológico como requisito à progressão, esta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Magistrado pode, de forma fundamentada, exigir a sua realização. Nessa esteira, editou-se a Súmula n. 439 do STJ, *in verbis*:

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

A fundamentação, contudo, deve estar relacionada a algum elemento concreto da execução da pena, não se admitindo a simples referência à gravidade abstrata do delito ou à longevidade da pena, como no caso concreto. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO EXAME CRIMINOLÓGICO. BASEADO EM FUNDAMENTOS EXTRALEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

[...]III - Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112 da LEP, com redação dada pela Lei 10.792/2003.

IV - 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 Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o magistrado de primeiro grau, ou mesmo o eg. 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).

V - In casu, a eg. Corte Estadual, ao cassar a decisão agravada entendendo que é necessária a realização do exame criminológico para aferir o mérito do apenado, ora paciente, à progressão de regime prisional, embasou-se, genericamente, na gravidade abstrata do crime pelo qual o paciente foi condenado - roubo duplamente majorado - não apontando elementos concretos nos 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 o v. acórdão do eg. Tribunal a quo e restabelecer a r. decisão do Juízo da Execução que deferiu o pedido de progressão de regime prisional ao paciente para o regime aberto (HC 332.108/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 6/11/2015).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FACULDADE DO MAGISTRADO, MEDIANTE DECISÃO MOTIVADA. JUSTIFICAÇÃO UNICAMENTE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 2. No caso concreto, foi cassado pelo Tribunal a quo o benefício da progressão de regime, determinando-se a realização de exame criminológico tão somente em virtude da gravidade abstrata do delito pelo qual foi condenado o paciente.

3. 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 progressão de regime ou livramento condicional, de modo que o exame criminológico somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal.

4. *Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, haja vista flagrante ilegalidade, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Chapecó/SC, concessiva da progressão de regime prisional (HC 325.093/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015).*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator