

HABEAS CORPUS Nº 484.655 - SP (2018/0336708-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LUCIANO PEREIRA DE ANDRADE - SP0241228
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON LUIZ DE OLIVEIRA

DECISÃO

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

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga/SP promoveu o apenado ao regime semiaberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o TJ/SP, que deu provimento ao recurso, em *decisum* assim ementado (e-STJ fl. 9):

Agravo em Execução. Progressão ao regime intermediário. Deferida. Sentenciado condenado por tráfico de drogas. Realização de exame criminológico. Possibilidade. Necessidade de permanência no regime fechado para ser mais bem observado. Decisão cassada, com a determinação do retorno do sentenciado ao regime fechado e que seja realizado exame criminológico presidido por equipe multidisciplinar. Agravo provido.

Na presente impetração, a defesa alega que "somente os fatos ocorridos no curso da execução da pena privativa de liberdade é que devem ser considerados no momento de se deferir ou não uma maior liberdade aos sentenciados" (e-STJ fl. 6).

Afirma que "Contudo, não é isso que se extrai da decisão objurgada, haja vista que não há qualquer fundamentação acerca da necessidade em realizar o exame criminológico. Ora, *data venia*, fundamentar no caso concreto *in casu* é não só utilizar-se de elementos do processo de

reintegração social ou não dessocialização do sentenciado (o que significa que os fatos que ensejaram sua condenação não podem servir para fundamentar a necessidade do exame), como também que tais elementos sejam específicos e não genéricos, como sói ser a natureza hedionda do delito. Assim, a decisão prolatada pela autoridade coatora fere indelevelmente a SV 26. Deveras, a fundamentação que a SV 26 exige é acerca de fatos ocorridos durante o cumprimento da pena privativa de liberdade e não quanto à abstração da gravidade do delito ou da quantidade de pena" (e-STJ fls. 6/7).

Requer, assim, "seja concedida a medida liminar pleiteada e, ao final, a ordem definitiva, julgando-se procedente a pretensão impetrada no presente *writ*, para cassar a decisão que determinou a realização do exame criminológico sem a devida fundamentação, restabelecendo a decisão do juízo de piso, ou, subsidiariamente, determinando-se à autoridade coatora o julgamento do pedido de progressão de regime no estado em que se encontra" (e-STJ fl. 7).

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 18/20) e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 30/41), opinou o Ministério Público Federal "pelo não conhecimento do *writ*. Caso ultrapassado o juízo de prelibação, no mérito, posiciona-se pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 43/47).

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, pela sua Terceira Seção, 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, destaco os seguintes julgados: STF - (HC 104045, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 05-09-2012 PUBLIC 06-09-2012); e STJ - (HC 239550/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012).

Assim, em princípio, 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, como - a meu ver - no caso em testilha.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o art. 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003, não mais exige a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão de benefícios.

Todavia, o Juiz da Execução, ou mesmo o Tribunal de Justiça, de forma fundamentada, pode determinar, diante das peculiaridades do caso, a realização do aludido exame para a formação do seu convencimento, nos termos do enunciado n. 439 da Súmula desta Corte, **in verbis**:

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

Conforme se verifica do acórdão impugnado, a determinação de realização do exame criminológico não foi suficientemente fundamentada. Confira-se (e-STJ fls. 10/13):

O agravado cumpre pena de 07 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática de tráfico de drogas, com término de cumprimento de pena previsto para 18/05/2021.

Pleiteou progressão de regime, mas o Ministério Público requereu a realização de exame criminológico, bem como se manifestou contrariamente à progressão do regime. Entretanto, a MM. Juíza a quo, entendendo ser desnecessária a realização da perícia, considerou implementado o requisito de ordem

subjetiva, com apenas o atestado de boa conduta carcerária, deferiu o pedido de progressão ao regime intermediário (fls. 09). Contra essa decisão é que se insurge o Representante do Parquet, ao argumento de que o mérito à benesse não foi aferido, pretendendo que o cativo retorne ao regime fechado e seja submetido ao exame criminológico.

O inconformismo comporta acolhimento.

Apesar da Lei 10.792/2003 ter dado nova redação ao artigo 112 da lei de Execuções Penais, afastando a obrigatoriedade da realização de exame criminológico para a concessão do benefício de progressão de regime, o mesmo deve ser realizado sempre que o magistrado julgar cabível em face das circunstâncias particulares do caso. Sendo especialmente necessário em se tratando de crime cometido com violência ou grave ameaça, ou ainda quando o agente demonstrar uma elevada periculosidade na execução do crime, conforme o entendimento adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça.

Nesse sentido: “após o advento da Lei 10.792/03, dando nova redação ao art. 112, da LEP, deixou-se de exigir a realização dos exames periciais, antes imprescindíveis, não importando, porém, em qualquer vedação à sua realização sempre que o juízo da execução considere necessário” (6ª Turma, HC nº 39.719/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 05.09.2005).

“O mérito, por seu turno, não consiste unicamente, na boa ou ótima conduta carcerária por um determinado período. O sentenciado deverá comprovar e convencer o Juízo da Execução que reúne as condições necessárias para usufruir de um regime mais favorável, o qual, pelas suas próprias características, muito se presta a fugas e, até mesmo, para a prática de novos delitos. (...) De outra parte, como muito bem enfatizado no julgamento do Agravo nº 90.018, da Comarca desta Capital, em que foi Relator o insigne Desembargador ARY BELFORT, 'Claríssimo que, antes de se colocar em semi- liberdade pessoa que tenha cometido crimes de natureza grave e ainda com longa pena a cumprir, há de a Justiça remeditar na concessão do estágio. É o mínimo por exigir na preservação da autuância e dever funcional nessa parcela que lhe cabe, dirigida à segurança social” (TJSP, Agravo em Execução Penal nº 213.714-3/8, rel. ÂNGELO GALLUCCI).

E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 439, com o seguinte enunciado: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

No caso dos autos, o agravado praticou delito de especial gravidade, tráfico de drogas, e trata-se de reincidente, não

fazendo jus a ligeira progressão, em vista de tais deméritos subjetivos, de modo que razão assiste ao Parquet quando pugna pela realização do exame criminológico, a fim de se avaliar de forma segura e eficaz a condição pessoal do sentenciado.

Assim, com o devido respeito ao entendimento do MM. juízo “a quo”, a r. decisão não pode prevalecer, vez que não há dos autos prova cabal que demonstre que o recorrido se revela apto para o abrandamento do regime prisional, de modo a usufruir plenamente deste processo reeducacional. Sendo provável que volte a delinquir, mostrando-se necessário que seja mantido em regime fechado onde poderá ser melhor vigiado, sendo precipitado promovê-lo ao regime intermediário. Não sendo o mero atestado de comportamento carcerário prova cabal do elemento subjetivo.

Por tais razões, deve o agravado retornar ao regime fechado até que seja realizado exame criminológico, presidido por comissão multidisciplinar, para que se possa constatar inequivocamente a capacidade do acusado de ser reintegrado à Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao agravo para cassar a decisão recorrida e determinar que o sentenciado WELLINGTON LUIZ DE OLIVEIRA retorne ao regime fechado, com a determinação de que deverá ser realizado exame criminológico presidido por equipe multidisciplinar, e a recomendação de que o próximo pedido de progressão seja necessariamente instruído com exame criminológico.

Note-se que se valeu o Tribunal *a quo* apenas da gravidade abstrata do crime praticado (tráfico de drogas) e de sua reincidência (circunstância exminada na dosimetria da pena) para determinar a realização do exame criminológico. Inexistem, portanto, justos motivos para se revogar a progressão do regime prisional deferida ao paciente, devendo ser cassado o *decisum* proferido pelo Tribunal de origem, restabelecendo-se a decisão do Juiz das Execuções que lhe concedeu a progressão para o regime semiaberto.

Com essa orientação, vejam-se os julgados:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. PROGRESSÃO PER SALTUM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 491/STJ. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. AUSÊNCIA DE

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 439/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. "A progressão tardia ao regime semiaberto não confere ao executado o direito de antecipar a sua inserção em regime aberto, dada a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena em cada regime, sob pena de incorrer em indevida progressão per saltum" (AgRg no REsp 1.457.065/MS, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 20/10/2015).

3. Admissível a realização do exame criminológico, para se aferir o preenchimento do requisito subjetivo pelo condenado, na análise do pedido de progressão prisional, desde que em decisão devidamente motivada, seja demonstrada sua imprescindibilidade.

4. A simples gravidade abstrata do delito pelo qual o sentenciado cumpre pena ou mesmo a sua qualificação como hediondo não são razões suficientes para justificar o exame criminológico.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para afastar a exigência de exame criminológico determinada pelo acórdão impugnado, ressalvada eventual mudança na situação carcerária do paciente.

(HC 298125/SP, QUINTA TURMA, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO (1) PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FACULDADE DO JUIZ, MEDIANTE DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. IMPOSIÇÃO PELO TRIBUNAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. (2) ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. De acordo com as alterações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, o exame criminológico deixa de ser requisito obrigatório para a progressão de regime, podendo, todavia, ser determinado de maneira fundamentada pelo Juízo da execução ou pelo tribunal, de acordo com as peculiaridades do caso. Assim, não sendo requisito para a progressão, não pode ser

imposto em sede de agravo em execução pelo Tribunal a quo sem fundamentação idônea. Enunciados sumulares nº 439/STJ e nº 26/STF.

2. Caso em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, uma vez que o Tribunal de origem não logrou fundamentar a necessidade da realização do exame criminológico. Restringiu-se a mencionar a gravidade em abstrato dos delitos cometidos pela paciente, a reincidência específica, bem como a necessidade, em tese, da realização de exame criminológico para aferir as condições meritórias da apenada, necessárias à concessão de benefícios da execução penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu à paciente a progressão de regime.

(HC 335407/SP, SEXTA TURMA, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL DEFERIDO. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO, SEM QUALQUER FUNDAMENTO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, desde a Lei n. 10.792/2003, que conferiu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal, aboliu-se a obrigatoriedade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime, cumprindo ao julgador verificar, em cada caso, acerca da necessidade, ou não, de sua realização, podendo dispensá-lo ou, ao contrário, determinar sua realização, desde que mediante decisão concretamente fundamentada na conduta do apenado no decorrer da execução. Precedentes.

3. In casu, foi cassado o benefício do livramento condicional, determinando-se a realização de exame criminológico, sem

qualquer fundamento concreto.

4. Fatores relacionados ao crime praticado são determinantes da pena aplicada, mas não justificam diferenciado tratamento para a progressão de regime, de modo que o exame criminológico somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de 1º Grau, que havia deferido o livramento condicional.

(HC 323553/SP, SEXTA TURMA, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015)

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

Diante do exposto, **nego seguimento** ao *habeas corpus*. No entanto, acolhendo o parecer ministerial, **concedo a ordem de ofício**, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que concedeu ao paciente a progressão para o regime semiaberto.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator