

HABEAS CORPUS Nº 464.278 - SP (2018/0206436-5)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : MARIA FERNANDA DOS SANTOS ELIAS - SP224586
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDINALVA TENORIO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDINALVA TENORIO DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado de Execução Penal n. 9000309-87.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que "*a paciente ingressou com pedido de progressão ao regime semiaberto perante a Vara de Execuções Criminais da Capital, já que havia cumprido o lapso legal, além de apresentar BOM comportamento carcerário, preenchendo, assim, os requisitos necessários à progressão de regime. O MM. Juiz de primeira instância por deferir o pedido, reconhecendo que a paciente preenche os requisitos exigidos para a concessão da benesse*" (e-STJ fl. 2).

Irresignada, a acusação ingressou com agravo em execução, provido nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 38):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - PROGRESSÃO DE REGIME - requisitos objetivo e subjetivo cumpridos - ré que abandonou o cumprimento da pena por duas vezes, oportunidade em que cometeu novo delito e foi, mais uma vez, presa em flagrante, sendo a última vez em 2013. Obteve ainda livramento condicional por duas vezes e mais uma vez praticou novos crimes. Registra, também, a prática de duas faltas disciplinares de natureza grave e outra em andamento (falta grave praticada em 23/6/2014) - gravidade do crime praticado pela agravada (roubo) - necessidade de realização do exame criminológico para melhor aferir o preenchimento do requisito subjetivo - provimento ao recurso ministerial para determinar a realização de exame criminológico e que o magistrado a quo analise novamente seu cabimento, com enfoque no requisito subjetivo.

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega que "*a lei estabelece como requisitos para a progressão ao regime aberto o cumprimento de determinados lapsos de pena, bem como boa conduta carcerária.*

Assim, verifica-se que a paciente preenche todos os requisitos legais para obtenção do benefício, uma vez que conta com BOA conduta carcerária e que já resgatou mais que o tempo necessário para o lapso requerido para tal pleito" (e-STJ fls. 2/3).

Diante disso, pleiteia a defesa, em tema liminar e no mérito, a concessão da benesse anteriormente deferida, qual seja, a progressão ao regime aberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 45/47).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 53/90).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 92/96).

É, em síntese, o relatório.

A questão posta a deslinde refere-se à necessidade de realização do exame criminológico para o deferimento do pedido de progressão ao regime aberto.

Com a nova redação dada ao art. 112 da Lei n. 7.210/1984, pela Lei n. 10.792/2003, suprimiu-se a realização de exame criminológico como expediente obrigatório, mantendo-se apenas como requisitos legais o cumprimento de determinada fração da pena aplicada e o bom comportamento carcerário, a ser comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Confira-se:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Contudo, a despeito de o exame não ser requisito obrigatório para a progressão do regime prisional, em hipóteses excepcionais, os Tribunais Superiores vêm admitindo a sua realização para a aferição do mérito do apenado.

Segundo esse entendimento, o magistrado de primeiro grau, ou mesmo o Tribunal, diante das circunstâncias do caso concreto, pode determinar a realização da

referida prova técnica para a formação de seu convencimento.

Tal entendimento foi consolidado no enunciado da Súmula n. 439 desta

Corte:

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

O tema também foi objeto da Súmula Vinculante n. 26 do Supremo

Tribunal Federal:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

No caso dos autos, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao agravo em execução, cassou a decisão do Juízo da execução que concedeu a progressão ao regime aberto e determinou a reapreciação do pedido após a realização do exame criminológico, consignando, para tanto, que (e-STJ fls. 58/62):

Em 21/08/2015 foi deferida a progressão à agravada para o regime aberto.

Nos termos do artigo 112 da Lei das Execuções Penais para que seja concedido o direito à progressão de regime é necessário que o condenado preencha simultaneamente os requisitos objetivo e subjetivo. Assim, além do cumprimento de parte da pena, o condenado deve possuir atestado de boa conduta carcerária que deve ser formulado pelo diretor do estabelecimento.

O preenchimento do requisito temporal restou inconteste.

O Ministério Público sustenta a necessidade da realização de exame criminológico para aferir o preenchimento do requisito subjetivo, no que será atendido.

Observa-se que a sentenciada foi condenada pela prática de crime de roubo. A prática de crimes com grave ameaça ou violência gera desassossego e intranquilidade popular. A circunstância de alguém praticar crime desta espécie e ser beneficiada com a progressão de regime sem ser submetido a exame criminológico poderia causar descrédito na Justiça, além de estimular a prática de novos crimes análogos. Sem esquecer ainda que a ré já abandonou o cumprimento da pena por duas vezes, oportunidade em que cometeu novo delito e foi, mais uma vez, presa em flagrante, sendo a última vez em 2013. Obteve ainda livramento condicional por duas vezes, e mais uma vez praticou novos crimes. Por fim,

registra a prática de duas faltas disciplinares de natureza grave e outra em andamento (falta grave praticada em 23/6/2014). Desta forma se mostra de mais cautela a realização de exame criminológico para que se analise com mais cuidado o preenchimento ou não do requisito subjetivo.

A realização de exame criminológico após a entrada em vigor da Lei nº 10.792/03 passou a ser ato discricionário do juiz, podendo ele deferir ou não a progressão, ainda que não realize o mencionado exame.

De outro lado, é perfeitamente cabível que o juiz da execução antes de conceder a progressão de regime reconheça a necessidade de realização de exame criminológico para verificar a personalidade do sentenciado.

Assim, apesar de o exame criminológico não ser mais obrigatório, ele pode ser realizado, desde que as peculiaridades do caso indiquem a sua necessidade e a decisão seja fundamentada.

Destaca-se que nos termos da Súmula 439 do E. Superior Tribunal de Justiça “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.”.

Assim, realizado o exame criminológico, este pode ser utilizado pelo magistrado para formação de sua convicção, onde avaliará os riscos de colocar o sentenciado em contato com a sociedade.

[...]

Desta forma, é possível negar a concessão de benefício com base em laudo de exame criminológico desfavorável.

Assim, em que pese à sentenciada possua o requisito objetivo para a concessão do benefício, se mostra necessário o exame criminológico (grifei).

Como se vê, o Tribunal de origem, ao cassar a decisão de primeiro grau que havia concedido a progressão ao regime aberto, determinando a realização de exame criminológico, logrou fundamentar a necessidade do referido exame, invocando elementos concretos dos autos que podem afastar a decisão do Magistrado, sobretudo o histórico prisional da paciente que possui em seu registro diversas faltas disciplinares de natureza grave no curso da execução da pena, o que evidencia a ausência de requisito subjetivo para a concessão do benefício pretendido, não havendo falar, portanto, em existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem.

A propósito, confirmam os seguintes precedentes:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL.
PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA EM 1º GRAU.*

CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PACIENTE QUE COMETEU NOVO DELITO APÓS TER SIDO PROMOVIDO AO REGIME ABERTO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Legítima é a cassação da progressão ao regime semiaberto, a fim de que seja realizado exame criminológico, com base em fundamentos concretos, ante o não preenchimento do requisito subjetivo em virtude, essencialmente, do histórico carcerário conturbado do paciente, que cometeu falta disciplinar de natureza grave, após ter sido promovido ao regime aberto, consistente no cometimento de outro delito de roubo majorado. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 322.120/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015, grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA EM 1º GRAU. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PRÁTICA DE NOVO DELITO (TRÁFICO DE DROGAS) QUANDO BENEFICIADO COM O LIVRAMENTO CONDICIONAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Legítima é a cassação da progressão ao regime semiaberto, a fim de que seja realizado exame criminológico, com base em fundamentos concretos, ante o não preenchimento do requisito subjetivo em virtude, essencialmente, do histórico carcerário conturbado do paciente, que cometeu novo delito quando beneficiado com o livramento condicional. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 326.976/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015, grifei).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA

439/STJ. REQUISITO SUBJETIVO. EXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. 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.

2. A Lei n. 10.792/2003 deu nova redação ao art. 112 da Lei n. 7.210/1984, para suprimir a realização de exame criminológico como expediente obrigatório para a progressão de regime.

3. "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada" (Súmula 439/STJ).

4. No caso, o Tribunal de origem ao indeferir a progressão logrou fundamentar a necessidade do referido exame, invocando elementos concretos dos autos que pudessem afastar a decisão do magistrado, levando em conta, sobretudo o registro de faltas disciplinares graves no curso da execução.

5. Ordem não conhecida (HC 350.694/SP, da minha relatoria, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifei).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. NECESSIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - As inovações trazidas pela Lei 10.792/03, alterando a redação do art. 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), afastaram a exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime. Entretanto, o magistrado de primeiro grau, ou mesmo o Tribunal a quo, diante das circunstâncias do caso concreto, podem determinar a realização do referido exame para a formação de seu convencimento, desde que essa decisão seja adequadamente motivada. (Súmula 439/STJ e Súmula Vinculante 26/STF).

IV - Na hipótese, não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão que determinou a realização de exame criminológico, porquanto justificada em circunstâncias do caso concreto que revelariam a necessidade da realização do exame, como a prática de falta disciplinar de natureza grave bem como pela folha de antecedentes do paciente, que demonstrariam personalidade distorcida e periculosidade. Habeas Corpus não conhecido (HC 309.486/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em

17/03/2015, DJe 07/04/2015, grifei).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. DETERMINAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO LEGAL.

[...]

3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça de origem entendeu correta a exigência de avaliação do condenado por equipe multidisciplinar (exame criminológico), diante da vida carcerária conturbada do paciente - prática de falta de natureza grave no curso da execução penal.

[...]

5. Inexistência, portanto, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 342.416/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 15/02/2016, grifei).

Ante o exposto, **denego a ordem.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator