HABEAS CORPUS Nº 502.003 - SP (2019/0093154-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	MARIA CECÍLIA REMOLI DE SOUZA LOPES - SP108711 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL MENDES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME SEMIABERTO CONCEDIDA PELO JUÍZO SINGULAR. CASSAÇÃO DA BENESSE PELO TRIBUNAL *A QUO*. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DETERMINAÇÃO DE SUBMISSÃO DO SENTENCIADO AO EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Ordem liminarmente concedida, a fim de cassar o acórdão impugnado, restabelecendo, via de consequência, a decisão de primeira instância que deferiu o regime prisional semiaberto ao apenado **Rafael Mendes dos Santos** (PEC n. 1.022.447).

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Rafael Mendes dos Santos** - condenado ao cumprimento da pena total de 16 anos, 2 meses e 11 dias de reclusão, pela prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, roubo qualificado e porte ilegal de armas (PEC n. 1.022.447 - fl. 18) -, apontando-se como autoridade coatora a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público para cassar a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da comarca de Bauru/SP, determinando o retorno do apenado ao regime prisional fechado, a fim de que se submeta ao necessário exame criminológico avaliador de suas reais condições, com posterior nova decisão (Agravo de Execução Penal n. 7002504-11.2018.8.26.0071 - fls. 22/28). Esta, a ementa (fl. 23):

> Agravo em execução - Progressão de regime prisional - Requisito subjetivo - Sentenciado que cumpre longa pena por tráfico de drogas, associação para o tráfico, roubo qualificado e porte ilegal de armas - Art. 112, LEP, alterado pela Lei nº 10.792/03, apesar de não exigir a realização de exame criminológico, fica a critério do Juiz sua realização - Não ficou provado que o sentenciado possui méritos para a obtenção do benefício - Decisão reformada para cassar a progressão de regime concedida, regredindo o sentenciado ao regime fechado e determinando-se que o pedido de progressão de regime prisional do sentenciado

seja reapreciado com a realização de exame criminológico.

Neste Tribunal Superior, a defensora pública almeja, em síntese, *seja concedida, inclusive liminarmente, a ordem de "Habeas Corpus" em favor do Paciente, para o fim de cassar acórdão que cassou a decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto, com o restabelecimento da decisão de primeira instância que havia concedido a progressão ao regime intermediário. Caso entendam necessária a submissão do paciente ao exame criminológico, requer-se que seja autorizado a permanecer no regime intermediário enquanto aguarda a sua realização* (fl. 10).

Traz em prol da defesa do paciente estas alegações (fls. 4/9):

> [...] verifica-se no venerando acórdão uma afronta ao princípio da legalidade, uma vez que o artigo 112 da Lei de Execuções Penais é claro ao mencionar que os requisitos a serem preenchidos para a concessão de benefícios são o lapso temporal ali consignado e o bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento.
>
> O Paciente possui atestado de bom comportamento carcerário e não possui falta disciplinar recente, conforme se verifica do Boletim Informativo.
>
> Cumpriu o lapso necessário de sua reprimenda.
>
> Em observância ao princípio da legalidade, cumpridos os requisitos legais, não há como se considerar a gravidade dos delitos praticados e a longa pena a cumprir como óbice à progressão de regime.
>
> No âmbito da execução penal, diverso deve ser o exame realizado pelo magistrado. A individualização da pena reclama um olhar para o futuro, não pode ter como referência circunstâncias que já foram analisadas no juízo da condenação. A reprovabilidade do delito praticado está inserida na punição imposta, não podendo mais ser considerada na fase da execução da pena.
>
> [...]
>
> Da mesma forma a quantidade de pena a cumprir não constitui impedimento para a progressão de regime. É óbvio que aqueles sentenciados que possuem penas maiores terão que cumprir um lapso maior para obtenção do benefício, o que se coaduna perfeitamente com o princípio da individualização da pena.
>
> [...]
>
> Os Tribunais Superiores entendem que ao Juiz da Execução é facultado em casos particulares deferir a sua realização, mas só em casos particulares.
>
> Todavia, não se pode fundamentar a realização do famigerado exame pela gravidade abstrata do delito ou suas consequências.
>
> [...]
>
> Não obstante, a recente Súmula Vinculante 26 versa acerca do dito exame, cristalizando o entendimento de que não basta a periculosidade em abstrato para determinar a realização do exame, sendo imprescindível a presença de periculosidade em abstrato para determinar a realização do exame, sendo imprescindível a presença de periculosidade concreta para que seja determinado (grifos nosso):
>
> > *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*.
>
> Ora, quando determina a necessidade de fundamentação, não há como tratar-se de posicionamentos vagos e genéricos, como a famigerada alegação de "autor de crime grave", mas sim de causa real!

É o relatório.

O cerne da questão posta neste *writ* diz respeito à ilegalidade da decisão que cassou o regime de progressão prisional, determinando a submissão do apenado a exame criminológico, porquanto atendidos os requisitos objetivo e subjetivo previstos em lei.

A irresignação merece prosperar.

O magistrado singular, em 10/7/2018, deferiu a progressão do sentenciado ao regime semiaberto, por entender presentes os requisitos objetivo e subjetivo nestes termos (PEC n. 1.022.447 - fl. 18 - grifo nosso):

> No mérito, **o pedido é procedente.**
> Com efeito, em que pese à argumentação do i. Promotor de Justiça, **o sentenciado já resgatou o lapso temporal exigido e vem mantendo bom comportamento carcerário**.
> Por outro lado, **as demais informações constantes dos autos indicam que o reeducando também ostenta o requisito subjetivo para a progressão prisional, inclusive em razão da boa conduta carcerária atual e da inexistência de nova falta disciplinar. Além disso, o "boletim informativo" emitido pela unidade prisional está assinado e, portanto, sob responsabilidade de dois Diretores que poderão responder em caso de irregularidade (Resolução SAP nº 115/03, art. 6º, par. 2º), sendo de se anotar que também não foi impugnado pelo Ministério Público. Apresenta o sentenciado mérito suficiente para a progressão de regime, que dará ao reeducando estímulo para a sua recuperação socia**l.
> Assim, presentes os pressupostos autorizadores do benefício em questão, **defiro o pedido do sentenciado e, via de consequência, promovo-o ao regime semiaberto nos processos nº 1287/2012 da 22ª Vara Criminal da Capital - SP; 0067634-77.2011.826.0050 da 5ª Vara Criminal da Capital - SP e 0082738-12.2011.826.0050 da 23ª Vara Criminal da Capital - SP.** Fica desde já autorizada a sua remoção para unidade prisional adequada.

Ao cassar o benefício execucional - *regime intermediário* - e determinar a submissão do sentenciado à realização de exame criminológico, em 8/11/2018, o Tribunal *a quo* fê-lo sob estas razões (Agravo de Execução Penal n. 7002504-11.2018.8.26.0071 - fls. 24/27 - grifo nosso):

> Com efeito, **embora preenchido o requisito objetivo, realmente os méritos**

do sentenciado (requisito subjetivo) não restaram comprovados, uma vez que ele não foi submetido ao competente exame efetuado pela Comissão Técnica de Classificação.

[...]

É certo que o artigo 112, da LEP, com a nova redação dada pela Lei nº 10.792/03, não fala mais que a decisão deverá ser precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e de exame criminológico, quando necessário, como preceituava o antigo parágrafo único, do artigo 112, da Lei de Execução Penal.

Contudo, não é menos certo que o novo texto do artigo 112, da LEP, assim reza:

> "***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 sexto0 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão"*.** (grifo nosso)

A frase "***a ser determinada pelo juiz***", nada mais é do que um elemento subjetivo do tipo (se utilizando da técnica de interpretação da norma penal), pois o legislador ao inserir referida frase, que fica entre vírgulas, pretende dizer que concedeu ao juiz a liberdade de poder realizar os exames que entender necessário para, só então, conceder ou não a progressão pleiteada pelo preso.

Ora, se a intenção do legislador fosse realmente de não mais exigir parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, não haveria necessidade de se inserir no texto a frase acima mencionada, pois subtraindo-se a mesma do corpo do artigo 112, ora em comento, ele também faz sentido, senão vejamos:

> "***A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, 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"*.**

O legislador não se utiliza de palavras vãs, portanto, está claro que a inclusão, no texto legal acima, da frase "***a ser determinada pelo juiz***", significa que a partir da promulgação da Lei nº 10.792/03, ficou a seu critério a realização do referido exame.

[...]

Entretanto, mesmo ficando a critério do Juiz "a quo" a realização ou não do exame criminológico, no presente caso, data vênia, ele não agiu com seu costumeiro acerto.

Frise-se que o condenado cumpre pena pela prática de roubo qualificado, crime grave e praticado mediante violência, que têm gerado grande temor nas pessoas, chegando algumas a sequer sair de casa ao anoitecer, além de cumprir pena por tráfico ilícito de entorpecentes, delito este que assola a sociedade, jogando milhares de jovens no vício.

Desta forma, como não ficou provado que o condenado possui méritos para a obtenção do benefício, o mesmo deve ter tornado sem efeito.

Consequentemente, a r. decisão combatida deve ser reformada e o benefício cassado, devendo o sentenciado ser previamente analisado por uma equipe de profissionais habilitados, a fim de que se possa avaliar se a sua

periculosidade diminuiu e que ele pode ser promovido para um regime mais ameno no qual a vigilância é menos rigorosa.

Pois bem. Consoante o art. 112 da Lei de Execução Penal - LEP-, com a redação da Lei n. 10.792/2003, o indeferimento de progressão de regime, ante o não preenchimento do requisito subjetivo, **deve ser fundamentado em dados concretos da execução da pena, não podendo pautar-se em elementos ou circunstâncias abstratas**.

In casu, o Tribunal cassou a progressão ao regime semiaberto, determinando a realização do referido exame, **por considerar a gravidade abstrata do crime praticado**, sem, contudo, especificar particularidades ocorridas no curso da execução penal capaz de justificá-lo. Nota-se, assim, **carência total de elementos concretos ao indeferimento do pleito**.

Portanto, não se pode presumir que, pelo fato de ter praticado crime considerado grave, não poderá progredir de regime, pois as peculiaridades do caso não evidenciam a necessidade de exame criminológico, invocando-se precedentes desse Superior Tribunal de Justiça: HC n. 395.571/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 18/12/2017, HC n. 417.391/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 12/12/2017, AgRg no HC n. 410.976/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 1º/12/2017 e HC n. 332.108/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 6/11/2015.

Ante o exposto, **concedo liminarmente a ordem**, a fim de cassar o acórdão impugnado, restabelecendo, via de consequência, a decisão de primeira instância que deferiu o regime prisional semiaberto ao apenado **Rafael Mendes dos Santos** (PEC n. 1.022.447).

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator