**HABEAS CORPUS Nº 488.252 - SP (2019/0002665-6)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>FLÁVIO DE ALMEIDA PONTINHA - SP269293 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | DIEGO MOREIRA DOS SANTOS (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DIEGO MOREIRA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Execução Penal. n. 0003759-64.2018.8.26.0026).

Infere-se dos autos que o Juízo das Execuções Penais concedeu ao paciente o benefício da progressão ao regime semiaberto, por entender estarem preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo para a aquisição da benesse.

Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, para cassar a decisão de piso, determinando o retorno do apenado ao regime fechado e a realização de exame criminológico, nos termos do julgamento que ficou assim resumido:

> *Agravo em execução - Impugnarão a decisão que concedeu progressão no regime de cumprimento da pena privativa da liberdade.*
>
> *A gravidade da conduta criminosa e o tempo de pena a cumprir também influem na decisão sobre a progressão no regime de cumprimento da pena de reclusão. - Hipótese em que a prova coligida não autoriza a identificação de suficiente mérito à progressão.*
>
> *Recurso provido* (fl. 19).

No presente *writ*, o impetrante alega ser desnecessária a realização do exame criminológico. Sustenta que o paciente preenche os requisitos necessários à concessão da benesse. Assevera, ainda, que a gravidade do delito e a longevidade da pena não constituem fundamentos idôneos para obstar a progressão de regime e determinar a realização da perícia.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja cassado o acórdão

impugnado, restabelecendo-se a decisão monocrática pelos seus próprios fundamentos legais.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO.*
>
> *EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME PRATICADO. RÉU QUE CUMPRE PENA PELA PRÁTICA DE ROUBOS QUALIFICADOS. NECESSIDADE DE AFERIR A ABSORÇÃO DA TERAPÊUTICA PENAL E O PROGNÓSTICO DE EVENTUAL REINCIDÊNCIA.*
>
> *PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT OU, SE CONHECIDO FOR, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM* (fl. 86).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, o impetrante busca o restabelecimento da decisão do Juízo das execuções que concedeu, ao paciente, o benefício da progressão ao regime semiaberto sem sua prévia submissão a exame criminológico.

O Juízo de primeiro grau deferiu o benefício nos seguintes termos:

> *O lapso temporal exigido foi resgatado e existe anotação de ótimo comportamento carcerário.*
>
> *Por outro lado, as demais informações constantes dos autos indicam que também ostenta o requisito subjetivo para a progressão prisional, inclusive em razão da ótima conduta carcerária atual e da inexistência de falta disciplinar. Além disso, o "boletim informativo" emitido pela unidade prisional não foi impugnado pelo Ministério Público. Apresenta mérito suficiente para a progressão de regime, que lhe dará estímulo para a sua recuperação social.*
>
> *Ademais, por tudo que foi exposto, também não há necessidade da realização de exame criminológico, não tendo sido*

*apontado nenhum motivo concreto recente que justificasse a realização de tal exame, conforme critérios previstos na Súmula Vinculante 26 do STF.*

*Assim, presentes os pressupostos autorizadores do benefício em questão, defiro o pedido para determinar a progressão ao regime semiaberto* (fl. 55).

Após interposição de agravo em execução, pelo Ministério Público estadual, o Tribunal de origem reformou o *decisum*, para recolocar o paciente no regime fechado, determinando a realização de exame criminológico. O voto condutor do acórdão apresentou a seguinte fundamentação:

*II - O exame dos presentes autos não permite afirmar, com a certeza que a importância da decisão pretendida impõe, que está satisfeito o requisito de natureza subjetiva necessário ao pedido de progressão no regime da pena de reclusão.*

*Com efeito, porque a liberdade é a regra, a fixação de pena que a restringe tem o significado da inaptidão, naquele instante, para seu exercício. Isso porque naquele momento fez-se exame do caso concreto à luz do escopo da pena (de punir, de ressocializar e de proteger a sociedade, afastando de seu convívio aquele cuja periculosidade a coloca em risco). A seu turno, a quantificação da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal, reflete considerações acerca da conduta e da personalidade do agente, o que não pode ser ignorado pelo juízo da execução.*

*A lei previu um lapso temporal mínimo de cumprimento da pena antes da concessão da progressão no regime prisional, o que significa dizer que passado o período mínimo da lei poder-se-á conceder esse benefício, caso fique provada evolução tamanha que o justifique. Incumbe, portanto, ao condenado demonstrar que reúne condições para a progressão no regime de pena, pois esse mérito não decorre do simples passar do tempo. Não basta o mero cumprimento do requisito objetivo, que todos satisfarão um dia porque o tempo não para, sendo também necessário o do requisito subjetivo, a conformidade da personalidade à obtenção da antecipada redução do rigor da pena.*

*Repita-se, ao condenado, para quem o título executivo vigente reconheceu a necessidade do cumprimento da pena privativa da liberdade em determinado regime, incumbe o ônus de demonstrar que o tempo de sanção já cumprida foi efetivamente eficaz e o colocou em grado de obter a progressão. Sem que satisfaça esse imperativo do próprio interesse não será possível auferir regime mais liberal.*

*[...]*

*E quanto mais grave for a conduta ensejadora da pena inicial, maior rigor caberá ao juiz da execução na avaliação da prova realizada pelo executado, de transformação para melhor em sua personalidade. Como a gravidade da empreitada criminosa (e,*

*consequentemente, a periculosidade de seu agente) reflete-se na sanção dela decorrente, fica explicada a importância do tempo da pena no julgamento do pedido de progressão no regime de pena.*

*III - Na espécie, a prova coligida é insuficiente para justificar a alteração do regime prisional decidido em processo de conhecimento, em especial à vista da pluralidade dos crimes perpetrados roubos qualificados. - , que ensejara pena de reclusão a ser cumprida até 2026, e da falta de prova de que o preso exerce atividade laborterápica rotineiramente.*

*A Promotora de Justiça, aliás, bem destacou a ausência de prova suficiente para a progressão a fls. 02/06: "O sentenciado cumpre pena de 10 anos e 10 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos artigos 157, § 2°, incisos 1 e II, e artigo 157, § 2°, inciso 1, na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal. Primário, não foi condenado pela prática de crime hediondo e o TCP está previsto para 26/08/2026. 2- DA AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO O agravado não preenche o requisito subjetivo para a progressão de regime. Certo é que, hoje, lhe resta cumprir - aproximadamente 08 anos e 05 meses de pena (TCP em 26/08/2026), circunstância que se mostra inadequada para a concessão do beneficio pleiteado.*

*[...]*

*Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão e determinar a realização do exame criminológico* (fls. 19/23).

Em sua redação original, o art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP previa, em seu parágrafo único, que a decisão que autorizasse a progressão de regime do apenado seria *motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.*

A Lei n. 10.792/2003 alterou a redação do dispositivo, suprimindo a referência expressa ao exame criminológico como requisito à progressão. Eis o teor corrente do imperativo legal:

*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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.*

*§ 1o A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.*

*§ 2o Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.*

A alteração legislativa levou a debates no âmbito desta Corte Superior, sobressaindo o entendimento de que, embora não tenha restado proibida a realização do exame criminológico para a verificação do preenchimento do requisito subjetivo à progressão de regime, impôs-se ao Magistrado a necessidade de motivar concretamente a imprescindibilidade de submissão do apenado ao exame. Nessa esteira, editou-se a Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, *in verbis*:

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

Aplicando a legislação pertinente em cotejo com o entendimento sumular acima transcrito, esta Corte Superior tem entendido que a gravidade abstrata dos delitos praticados e a longevidade da pena a cumprir não podem servir, por si sós, como fundamento para a determinação de prévia submissão do apenado a exame criminológico. Impõe-se que tal exigência decorra de algum elemento concreto atinente ao período de execução da pena e à conduta carcerária do custodiado, como, por exemplo, a prática de novos delitos no curso da execução.

Nesse sentido:

> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E DANO. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDO EM 1º GRAU. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM 2º GRAU. DETERMINAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS E LONGA PENA A CUMPRIR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *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. 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. Precedentes.*

*4. In casu, o Tribunal de origem, ao examinar recurso ministerial que atacava decisão que deferira a progressão de regime prisional, determinou a realização de exame criminológico sem a devida fundamentação, pois baseada na gravidade abstrata dos delitos praticados e na longa pena a cumprir pelo paciente.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que deferiu a progressão de regime prisional ao paciente* (HC 405.594/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/10/2017).

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. DESNECESSIDADE. FACULDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MEDIANTE DECISÃO MOTIVADA. SÚMULA 439/STJ E SÚMULA VINCULANTE 26. JUSTIFICAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E LONGA PENA A CUMPRIR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*[...]*

*II - Com as inovações trazidas pela Lei n. 10.792/03, alterando a redação do art. 112 da Lei n. 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.*

*III - Entendimento consolidado na Súmula 439/STJ ("Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada") e na Súmula Vinculante 26 ("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").*

*IV - A Corte Estadual, ao cassar a decisão agravada e determinar a realização do exame criminológico para aferir o mérito da sentenciada, ora paciente, à progressão do regime prisional, embasou-se, genericamente, na gravidade abstrata do crime pelo qual a paciente foi condenada e na quantidade de pena a cumprir, 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 o acórdão proferido nos autos do Agravo em Execução n. 7005267-44.2015.8.26.0344 e restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que deferiu o pedido de progressão de regime prisional da paciente* (HC 354.615/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/08/2016).

Na hipótese dos autos, não foram apontados elementos concretos, hábeis a demonstrar a necessidade de realização do exame técnico.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator