HABEAS CORPUS Nº 503.551 - SP (2019/0101321-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	GABRIEL DE PAULA SILVEIRA
ADVOGADO	:	GABRIEL DE PAULA SILVEIRA - SP384798
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	OTAVIO DONISETE GASPARO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de OTAVIO DONISETE GASPARO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução n. 0011179-23.2018.8.26.0026).

Consta dos autos que Juiz da execução progrediu o paciente ao regime semiaberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Agravo em execução perante a Corte estadual. O Tribunal, então, deu provimento ao recurso para determinar o retorno do agravado ao regime fechado, devendo ele ser submetido a exame criminológico (e-STJ fls. 77/78):

> *PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DEFERITÓRIA DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.*
>
> *Pretendidas cassação da progressão, por ausência de adequada comprovação do requisito subjetivo, e determinação de aprofundamento da instrução. Pertinência. Conquanto não demonstrada, com grau mínimo de segurança, a aptidão do penitente para obter progressão ao regime semiaberto, haja vista cuidar-se de execução complexa (sentenciado condenado por homicídio qualificado), sem possibilidade de aferição dos requisitos legais senão com realização de perícia, de rigor o retorno ao regime fechado para complementação da instrução, visando melhor garantia à Sociedade. Sentenciado que, portando arma de fogo, matou sem permitir qualquer tipo de defesa e aos 20 (vinte) anos de idade, surgindo oportuna verificação de presença de sinais de agressividade ou de baixa inibição e tolerância a prática de delitos em geral, ou mesmo de arrependimento e de crítica sobre o ato, com assimilação dos ditames da terapêutica penal, com necessário exame da criminogênese, afinal, retirou o bem mais valioso que qualquer*

> *pessoa possui, a vida. Requisitos legais são meras balizas para aferir a pertinência da progressão, que deve ser analisada em conjunto com todas as informações colhidas durante a expiação da reprimenda. Nos termos da Lei 10.792/03 e da Súmula 439, do C. STJ, a determinação da perícia é possível para casos peculiares e mediante decisão fundamentada, ocorrente na espécie. Precedentes. Imprescindibilidade da medida, no caso, para aferir o real merecimento da progressão. Integral provimento.*

Nesta ocasião, a defesa alega que o paciente não precisa ser submetido a exame criminológico, tendo em vista que possui bom comportamento carcerário, exerceu atividades laborais e estudo, bem como usufruiu de saída temporária com o devido retorno.

Ressalta que ele já está há 5 meses e meio no regime intermediário.

Aponta, por fim, desmotivação no acórdão coator, que teria se importado mais com a gravidade do fato.

Desse modo, pretende, em liminar e no mérito, o restabelecimento da decisão primeva ou, de forma subsidiária, a realização de exame criminológico no regime em que o paciente está cumprindo, o semiaberto.

É o relatório. **Decido.**

A liminar em recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, **visualizo manifesta ilegalidade** no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Na hipótese, o Juiz da execução progrediu o paciente ao regime semiaberto, fazendo os seguintes apontamentos (e-STJ fl. 41):

> *[...] as demais informações constantes dos autos indicam que também ostenta o requisito subjetivo para a progressão prisional, inclusive* ***em razão da boa 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.*

No entanto, o Tribunal, acatando pedido ministerial, cassou a decisão anterior, determinando a realização de exame criminológico e o retorno do paciente ao regime fechado, pelas seguintes razões, no que interessa (e-STJ fls. 81/82):

> *Pois bem, verifica-se, pelas próprias particularidades do caso,* ***notadamente, natureza e gravidade do hediondo delito praticado, que se cuida de execução complexa, haja vista ser o agravado pessoa potencialmente perigosa.*** *Pelo registrado ele,* ***portando arma de fogo, matou, sem permitir qualquer tipo de defesa*** *(conforme sentença vide autos da ação penal de conhecimento, registrada sob o nº 0011179-23.2018.8.26.0026),* ***aos 20 (vinte) anos de idade, surgindo oportuna verificação de presença de sinais de agressividade ou de baixa inibição e tolerância a prática de delitos em geral, ou mesmo de arrependimento e de crítica sobre o ato, com assimilação dos ditames da terapêutica penal, afinal, retirou o bem mais valioso que qualquer pessoa possui, a vida, perpetrando o dito crime por excelência.*** *Tais aspectos, obviamente, somente podem ser aferidos mediante avaliação, inclusive psiquiátrica, se o caso, considerada a motivação existente do delito, para adequado exame da criminogênese.*
>
> ***Daí porque, por cautela, entende-se necessária e imprescindível a realização de exame criminológico voltado a aferir a viabilidade da progressão deferida****, destacando-se, porque pertinente, que, na espécie,* ***o atestado de comportamento carcerário é insuficiente para constatar o real merecimento da benesse.*** *Reitera-se:- Não poderia se ignorar, neste momento de aferição da pertinência da benesse pretendida, frente à presença dos requisitos legais, a gravidade do crime praticado e a*

> *potencial periculosidade do agente, pelo já colocado,* ***ainda que ostentada, pelo sentenciado, primariedade, inexistente registro de intercorrência e tenha ele estudado e trabalhado no cárcere*** *(trabalho - períodos de 06/03/2018 a 02/04/2018 e de 03/04/2018 até a expedição do documento, em 04/10/2018 e; estudo períodos de 28/03/2017 a 26/07/2017, de 01/08/2017 a 31/12/2017 e de 02/08/2018 a 05/03/2018) elementos indicadores de princípio de evolução, que, obviamente, deve ser analisada com maior profundidade, verificando- se se traduz, efe tivamente, aptidão para cumprimento de pena sob menor vigilância , motivo mais do que suficiente para apontar a ausência de instrução adequada para conveniente avaliação do requisito subjetivo exigido para a medida.*

Como se pode ver, a autoridade coatora não utilizou fundamentos concretos, relacionados ao cumprimento da pena corporal, para justificar o retorno do apenado ao regime fechado e a realização de exame criminológico, destacando apenas elementos abstratos, como **a gravidade do crime em si**, à medida que destacou o fato, descrevendo as circunstâncias em que ocorreu, o modo de execução e a consequência (retirada da vida alheia), bem como ressaltou a natureza e gravidade do delito.

O respeitável acórdão, assim, deu maior importância à gravidade do fato do que as condições carcerárias favoráveis ao paciente - bom comportamento, ausência de registro de faltas disciplinares, trabalho e estudo -, ao mencionar que elas são insuficientes para a avaliação subjetiva da progressão de regime.

Embora tenha analisado características psicológicas negativas do paciente, como sinais de agressividade, baixa inibição e baixa tolerância, ausência de arrependimento e crítica sobre o ato, relacionou esses elementos ao fato em si praticado, e não a fatos ocorridos no curso da execução, porquanto registrou o crime e logo em seguida apontou tais elementos psicológicos, como pode ser bem visualizado pelo seguinte trecho:

> *[...]* ***portando arma de fogo, matou, sem permitir qualquer tipo de defesa*** *(conforme sentença vide autos da ação penal de conhecimento, registrada sob o nº 0011179-23.2018.8.26.0026),*

> ***aos 20 (vinte) anos de idade, surgindo oportuna verificação de presença de sinais de agressividade ou de baixa inibição e tolerância a prática de delitos em geral, ou mesmo de arrependimento e de crítica sobre o ato, com assimilação dos ditames da terapêutica penal, afinal, retirou o bem mais valioso que qualquer pessoa possui, a vida, perpetrando o dito crime por excelência.***

Ocorre que 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 a 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.

Confiram-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DISPENSA DO EXAME CRIMINOLÓGICO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO REFORMADA. IMPOSIÇÃO DO EXAME COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME COMETIDO PELO CONDENADO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE/INIDÔNEA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.*
>
> *1. A teor do enunciado sumular 439/STJ, "admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".*
>
> *2. No caso, entretanto, a apontada gravidade abstrata do delito praticado pelo condenado (tentativa de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de pessoas) não é motivação suficiente/idônea para se exigir a realização do exame criminológico para fins de livramento condicional. Precedentes.*
>
> *3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 305.298/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador Convocado do TJ/PE –, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).*
>
> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXAME CRIMINOLÓGICO.*

DESNECESSIDADE. FACULDADE DO MAGISTRADO MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. JUSTIFICAÇÃO GENÉRICA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Com as inovações trazidas pela Lei 10.792/03, alterando a redação do art. 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), o exame criminológico deixou de ser requisito obrigatório para a obtenção dos benefícios de progressão de regime e livramento condicional.

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. (Precedentes e Enunciado sumular de n. 439 do STJ).

IV - O d. Subprocurador da República, em parecer acostado às fls. 51-54, manifestou-se pela "[...] concessão da ordem, a fim de se restabelecer o livramento condicional concedido ao paciente pelo Juízo das Execuções Criminais" (grifei).

V - A Corte Estadual, ao determinar a realização do exame

criminológico do paciente, embasou-se, genericamente, na gravidade abstrata dos crimes pelos quais o paciente foi condenado, não apontando elementos concretos dos autos que pudessem justificar a necessidade do exame técnico. No caso, destacou-se o fato de tratar-se de (i) "sentenciado condenado cumprindo penas por crimes graves, gravíssimos - roubo duplamente qualificados por duas vezes consumado e uma vez tentado - que, indubitavelmente, colocam em desassossego a sociedade"; (ii) não haver "provas suficientes a demonstrar, enfim, que o sentenciado, na espécie, reúna condições de ser colocado em liberdade" e (iii) e a "a grande quantidade de pena que ainda resta ao sentenciado cumprir - até 4.jan. 2020 - marcando traço desfavorável ao seu pleito." Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão proferido nos autos do Agravo em Execução n. 0197526-24.2013.8.26.0000 e restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que deferiu o pedido de livramento condicional do sentenciado, ora paciente. (HC 297.193/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 28/11/2014).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA 691/STF. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. DESNECESSIDADE. FACULDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE DO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Impetração contra decisão monocrática por meio da qual foi indeferido pedido de medida liminar. A hipótese, de regra, atrairia a incidência da Súmula 691 do Pretório Excelso. Contudo, verificada flagrante ilegalidade, é possível a concessão da ordem em habeas corpus impetrado contra o indeferimento de liminar.

II - 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 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. (Enunciado sumular de n. 439/STJ e Súmula Vinculante de n. 26/STF).

III - No presente caso, a r. decisão do Juízo da Vara de Execução Criminal, ao determinar a realização do exame criminológico do paciente, embasou-se, genericamente, na gravidade abstrata do crime pelo qual o paciente foi condenado - roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes -, 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 a decisão do juízo da Vara de Execução Criminal da Comarca de São Vicente/SP, proferida nos autos da Execução Criminal n. 1.049.843, determinando ao Juízo da Execução que aprecie o pedido de progressão de regime prisional do paciente, à luz do art. 112 da Lei de Execução Penal. (HC 310.232/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 10/04/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Em casos pontuais, a circunstância de o apenado ter praticado vários crimes com violência ou grave ameaça contra a pessoa e o registro de faltas disciplinares graves no curso da execução penal podem ser sopesados, conjuntamente, como indicativos de maior periculosidade, a recomendar cuidado na promoção de benefícios.

2. Entretanto, a simples menção a gravidade abstrata dos crimes cometidos (tráfico de drogas e formação de quadrilha), isoladamente, não se mostra suficiente para cassar a progressão de regime concedida pelo magistrado das execuções.

3. Agravo não provido. (AgRg no HC 304.495/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, RATIFICADA A LIMINAR.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. No caso, valeu-se o Tribunal de origem de fundamentação inidônea para cassar a progressão de regime concedida pelo Juízo das Execuções Penais, pois utilizou-se apenas da gravidade do crime pelo qual a apenada foi condenada, do restante da longa pena a cumprir, bem como de ilações genéricas acerca da imprescindibilidade da realização do exame criminológico, de forma que fica evidenciado o constrangimento ilegal ocasionado à paciente.

3. Ordem não conhecida. Ratificada a liminar anteriormente deferida. Habeas corpus concedido de ofício para cassar o acórdão proferido no Agravo de Execução Penal n. 0198389-77-2013.8.26.0000 e restabelecer a decisão do Juízo da Execução Penal que concedeu à paciente a progressão para o regime semiaberto. (HC 293.882/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014).

Ante o exposto, **defiro a liminar** para determinar a manutenção do paciente no regime semiaberto, sem a necessidade de realização de exame criminológico, desde que não hajam outros impedimentos.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se. Intime-se.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator