HABEAS CORPUS Nº 503.996 - MS (2019/0104098-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL ANTONIO JOAO DE ANDRADE - MS004835B
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	CLAUDEMIR FERREIRA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CLAUDEMIR FERREIRA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Agravo em Execução n. 0042110-74.2018.8.12.0001).

Consta dos autos que Juiz da execução concedeu ao paciente a progressão de regime para o semiaberto, sem a realização de exame criminológico.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Agravo em execução perante a Corte estadual. O Tribunal, então, deu provimento ao agravo para determinar que o agravado seja submetido a exame criminológico. Eis os termos da ementa (e-STJ fl. 89):

> *AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – PROGRESSÃO DE REGIME DO FECHADO PARA O SEMIABERTO – INADMISSÍVEL – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO – PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO – AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O exame criminológico deve ser realizado quando presentes elementos concretos indicativos da necessidade da sua realização, em conformidade com a Súmula Vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça.*

Nesta ocasião, a Defensoria Pública alega que segundo o

parecer disciplinar, a conduta do paciente é classificada como ótima. Aponta isenção de motivos concretos na decisão coatora, que considerou mais a gravidade do delito do que o comportamento carcerário.

Com base nisso, pleiteia, em liminar e no mérito, a reforma da decisão coatora para que seja mantida a decisão primeva.

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, ao conceder a progressão de regime ao paciente, dispensou ele do exame criminológico, adotando os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 56):

> *Em análise aos autos, em que pese a opinião contrária do Ministério Público, conclui-se que as peculiaridades do caso NÃO demonstram que o exame criminológico seja necessário para a análise da concessão dos benefícios (STJ, súm. 439, c.c. STF, súm. vinc. 26).*
>
> *Destaca-se que no caso em pauta as circunstâncias em que o delito foi praticado já foram analisadas por ocasião da sentença condenatória, não sendo razoável estabelece-los como critérios para concessão de benefício nesta fase da execução penal, sob pena de "bis in iden".*
>
> *Ademais,* ***não há na ficha do interno qualquer disposição contrária que induza que seu comportamento carcerário está diretamente relacionado com o crime outrora praticado, o que enfatiza ainda mais a conclusão obtida acima.***
>
> *Nesse passo, em análise ao cálculo de liquidação de penas juntado aos autos, verifica-se que o sentenciado, de fato, já cumpriu o lapso temporal necessário para a concessão do benefício (requisito objetivo).* ***Ademais, verifica-se da certidão acostada ao feito que também encontra-se presente o requisito***

subjetivo.

No entanto, o Tribunal, acatando pedido ministerial, cassou a decisão agravada, determinando a realização de exame criminológico, pelos seguintes motivos (e-STJ fl. 91):

> *No caso versando,* ***considerando o histórico do apenado e as circunstâncias dos crimes, entendo ser conveniente a realização do exame criminológico*** *a fim de verificar se o reeducando permanece com a personalidade de um criminoso, se apresenta periculosidade para a sociedade, eventual arrependimento e se há a possibilidade de voltar a delinquir.*
>
> ***Ao que consta dos autos, o reeducando cumpre pena total de 19 (dezenove) anos e 04 (quatro) meses por ter cometido os delitos de homicídio qualificado e tráfico de droga, conforme ficha do réu de f. 24-26, indicativo de que é pessoa voltada para a prática criminosa, de modo que o exame se mostra adequado e de suma importância para fins de progressão de regime****, sob pena de se colocar em risco a incolumidade física das pessoas que com o apenado voltarão a se relacionar.*

Como se pode ver, a autoridade coatora não utilizou fundamentos concretos, relacionados ao cumprimento da pena corporal, para justificar a submissão do apenado ao exame criminológico, destacando apenas elementos abstratos, como seu **histórico penal**, as **circunstâncias em que cometido o delito**, o ***quantum*** **da pena** e a **gravidade do crime em si.**

Contudo, o Juiz primevo já havia analisado a ficha carcerária do paciente e seu comportamento no presídio como suficientes para progressão de regime, alertando, ainda, que as circunstâncias em que o delito fora cometido não são critérios para concessão do benefício, não tendo o Tribunal explicado a razão pela qual o atestado prisional de comportamento favorável não seria suficiente.

Inclusive, 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 suspender o acórdão coator, a fim de determinar o restabelecimento da decisão anterior, que havia concedido a progressão ao regime semiaberto em favor do paciente, sem a necessidade da realização do exame criminológico.

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