HABEAS CORPUS Nº 495.119 - SP (2019/0054422-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDO RODOLFO MERCÊS MORIS - SP147338
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ELIAS GONÇALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ELIAS GONÇALVES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o juízo de primeiro grau deferiu ao paciente o seu pedido de progressão ao regime semiaberto, sem a realização de exame criminológico, por entender estarem preenchidos os requisitos previstos no artigo 112 da LEP (e-STJ, fls. 37-39).

Inconformado, o *Parquet* interpôs agravo em execução perante o TJSP, que deu provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 20):

> "AGRAVO EM EXECUÇÃO ALEGAÇÃO MINISTERIAL QUANTO AO AGRAVADO NÃO FAZER JUS AO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL PARA A FORMA MENOS GRAVOSA, COM EMBASAMENTO, TÃO SOMENTE, EM ATESTADO CARCERÁRIO DE BOA CONDUTA E CUMPRIMENTO DA FRAÇÃO IDEAL DE PENA NA FORMA FECHADA.
> CASO EM QUE SE ENCONTRA CONDENADO AO CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL TOTAL DE 16 ANOS DE RECLUSÃO, PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, A DENOTAR TRATAR-SE DE PESSOA PERIGOSA, O QUE DENOTA A NECESSIDADE DE SUA SUBMISSÃO AO EXAME CRIMINOLÓGICO."

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que haveria constrangimento ilegal ao paciente, pois "o pedido de progressão que fora deferido pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais está devidamente instruído com o ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO do PACIENTE, restando, deste modo, comprovado os requisitos do artigo 112 da LEP, não podendo ser referida progressão negada apenas sob os argumentos de que o PACIENTE ostenta longa pena a cumprir e que os crimes por ele praticados são graves. A falta grave, que se menciona, remonta a longa data, tendo sido purgada pelo paciente" (e-STJ, fl. 140.

Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para cassar o acórdão, mantendo-se a decisão de 1º grau que deferiu a progressão ao regime semiaberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 30).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 36-40), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração, ou, caso conhecida, pela sua denegação (e-STJ, fls. 42-48).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Desse modo, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, cumpre destacar que não é vedado ao órgão julgador determinar a submissão do apenado ao exame criminológico, desde que o faça de maneira fundamentada, em estrita observância à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, expressa no art. 93, IX, da CF, bem como à própria previsão do art. 112, § 1º, da Lei de Execução Penal: "A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor."

Referido entendimento é objeto da Súmula n. 439/STJ ("admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada").

Confira-se, ainda, sobre o tema:

> "[...]
> - A longevidade da pena bem como a gravidade do delito não podem, isoladamente, ser óbices para a concessão do benefício de progressão de regime ou fundamentos para a determinação de exame criminológico, devendo a decisão estar fundamentada com base em dados concretos dos autos da execução. Na hipótese dos autos, a determinação de realização do exame criminológico não apresenta fundamentação idônea. O Tribunal *a quo* fundamentou a necessidade do exame somente na gravidade abstrata dos crimes praticados pelo paciente, bem como na longevidade da pena a cumprir, não apresentando elementos concretos que evidenciem a real necessidade do exame. Precedentes.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções, que concedeu ao paciente a progressão ao regime semiaberto".
> (HC 332.797/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015).

Da leitura dos autos, verifica-se que o Juízo da Execução deferiu ao paciente o seu pedido de progressão ao regime semiaberto, com base nos seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 38):

> "Implementado o requisito temporal e comprovado bom comportamento carcerário, é de deferir-se a progressão, consoante nova redação dada ao art. 112 da LEP pela Lei n. 10.792/03. Assim, mesmo após a edição da referida Lei, a individualização da pena

> continua a ser respeitada, sendo que a conduta carcerária de cada apenado é que pautará a concessão dos benefícios previstos em Lei.
> Entendimento em contrário vai de encontro ao intuito do instituto que visa a beneficiar com o cumprimento da pena em regime mais brando, o apenado que demonstre estar apto e ser merecedor da benesse.
> Ademais, tratando-se de mera progressão ao regime semiaberto, pouco menos oneroso que o regime fechado, não se deve emprestar ao exame do caso critério mais rigoroso, sob pena de tirar-se todo o estímulo ao reeducando que, no regime intermediário, não será devolvido à liberdade nem ao convívio aberto com o meio social, afigurando-se a conveniência e justiça de conceder a progressão desejada, no curso da qual, em sendo seu comportamento inadequado, poderá sofrer pronta regressão.
> Deve ser concedida a progressão ao regime prisional semiaberto ao sentenciado que cumpre a fração de 1/6 da pena e tem boa conduta, pois o importante mesmo é a apuração da conduta prisional do condenado e a verificação do exercício de atividades socializantes praticadas por ele, sendo certo que, na modalidade intermediária, continuará cumprindo a sanção mais estimulado a demonstrar aptidão para a vida futura em sociedade que no sistema fechado.
> Tem-se como requisito subjetivo à progressão de regime o bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (fls. 03).
> Por fim, o requisito objetivo foi preenchido, conforme cálculo de benefícios elaborado a fls. 25 verso do apenso de roteiro de penas."

Ao analisar o agravo em execução manejado pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de origem reformou a referida decisão (e-STJ, fls. 24-26):

> "No caso concreto se depreende que o agravado se trata de condenado, conforme boletim informativo de fls. 04/06, ao cumprimento da pena corporal total de dezesseis anos de reclusão, pela prática de homicídio duplamente qualificado, crime gravíssimo e de natureza hedionda, o que, por si só, enseja maior cautela na análise de suas condições para recebimento de benesses, até porque, como bem ressaltado pela agravante, as peculiaridades com que se houve na execução desse delito mostram ser de todo temerária sua reinserção na sociedade, sem maiores cautelas.
> Contudo, ainda que tenha satisfeito o requisito de ordem objetiva, oportunas são as argumentações da representante do *Parquet*, em Primeiro Grau, quanto ao não preenchimento do requisito de ordem subjetiva.
> E embora o exame criminológico, como já dito, não se configure como pressuposto para a progressão de regime, bastando para tanto que o condenado tenha cumprido 2/5 do total da reprimenda imposta, e que ostente bom comportamento carcerário, no caso em análise, como já explicitado, vê-se que precipitada foi a concessão da benesse.
> Portanto, o fato de ter sido progredido tão somente com base em atestado de bom comportamento carcerário não é suficiente para se

> concluir pela conveniência de sua progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado, e muito menos serve como demonstração de sua readaptação social, pois ele deve dar mostra segura de que realmente encontra-se apto ao novo regime que irá vivenciar, até porque, o que deve ser preservado em casos como este, é a segurança da própria sociedade.
> É necessário, pois, que se conheça a total capacidade do condenado em adaptar-se ao regime menos rigoroso, com contenção de seus impulsos delitivos, já demonstrados pela existência da condenação citada, não bastando, para tal, o aludido atestado, sendo impossível o abrandamento do antes fixado na forma fechada, para cumprimento de pena corporal, sem que se faça tal avaliação.
> Neste sentido destaca-se: 'O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte.' (RJTJRS 135/32).
> Demais, não tratou a Lei n. 7.210/84 de revogar os ditames do artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal, bem como do artigo 196, da Lei n. 7.210/84, podendo, portanto, o Magistrado, determinar a realização de perícia quando entender necessária tal providência, antes de decidir pela concessão da benesse ao recluso.
> Isto posto, dá-se provimento integral ao agravo ministerial para cassar a decisão monocrática e determinar o retorno do recorrido Elias Gonçalves ao regime prisional fechado, a fim de que se submeta ao necessário exame criminológico para aferição do requisito de ordem subjetiva."

Com efeito, percebe-se que a Corte de origem reformou a decisão do juízo de primeiro grau, que havia deferido ao apenado a progressão ao regime semiaberto, sem a indicação de argumento idôneo, na medida em que se limitou a tecer considerações a respeito da gravidade dos delitos praticados e da longa pena a cumprir, o que consubstancia o alegado constrangimento ilegal, conforme o entendimento desta Corte.

Nesse sentido:

> "[...]
> 1. A teor do que prevê o atual art. 112 da Lei de Execuções Penais, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.792/2003, ao indeferir a progressão de regime prisional, porque não cumprido o requisito subjetivo, o julgador deve fazê-lo de forma motivada em dados concretos da execução da pena, não podendo cercar-se de elementos ou circunstâncias não previstos na lei de regência.
> 2. As instâncias de origem não lograram fundamentar o inadimplemento do requisito subjetivo para a progressão carcerária, fazendo apenas referência à gravidade abstrata dos crimes cometidos pelo paciente, à sua longa pena a cumprir e à existência de faltas de natureza grave antigas, cometidas há mais de 5 (cinco) anos, das quais o reeducando já está reabilitado, tendo atualmente bom comportamento carcerário e exame criminológico favorável.
> 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para

> determinar que o Juízo da Execução reexamine o pedido de progressão de regime formulado em favor do paciente, analisando o requisito subjetivo (mérito) com base em elementos concretos da execução da pena, à luz do disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal."
> (HC 362.983/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016).
>
> "[...]
> - A decisão do Juízo das Execuções, mantida pela Corte Estadual, indeferiu a progressão para o regime semiaberto sem apresentar nenhum elemento concreto para justificar sua conclusão, limitando-se a fazer menção sobre a gravidade abstrata dos roubos praticados, que já foi valorada na fixação das penas prevista para o tipo penal e na longa pena a ser cumprida. Ao determinar a manutenção do apenado ao regime fechado sem apontar elementos idôneos e específicos do caso em análise, o Tribunal *a quo* manteve o sentenciado submetido a flagrante constrangimento ilegal, o que justifica a concessão de *habeas corpus* de ofício. Precedentes.
> *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para determinar ao juízo das execuções que reaprecie o pedido de progressão de regime do apenado levando em consideração elementos concretos pertinentes à execução."
> (HC 302.191/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 28/08/2015).

Desse modo, dessume-se que o Tribunal *a quo* utilizou-se de fundamentos inidôneos para negar o benefício ao apenado, de modo que é manifesto o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, apto a autorizar a concessão da ordem de ofício.

Ressalte-se, ademais, conforme se verifica à fl. 36 (e-STJ), das informações prestadas pelo Juízo de 1º grau, que não há registro de falta disciplinar no cumprimento da pena pelo paciente.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para restabelecer a decisão primeva que havia deferido a progressão de regime ao paciente, sem a realização do exame criminológico.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-se-lhes cópias desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRO **RIBEIRO DANTAS**
Relator