

HABEAS CORPUS Nº 510.264 - SP (2019/0138153-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : KATIA CRISTINA DE OLIVEIRA AUGUSTO
ADVOGADO : KATIA CRISTINA DE OLIVEIRA AUGUSTO - SP303208
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GELICIO FELICIANO (PRESO)

DECISÃO

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

Colhe-se dos autos que o Juízo de primeiro grau, ao analisar pedido de progressão do regime fechado para o semiaberto, deferiu o pleito (e-STJ, fls. 15-16).

O Tribunal de origem deu provimento ao agravo ministerial para cassar a decisão, determinado o retorno do paciente para o regime fechado, com determinação de realização de exame criminológico, para exame de novo pedido, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO Pedido de reforma da decisão que deferiu a progressão ao regime semiaberto, por falta do preenchimento do requisito subjetivo, realizando-se exame criminológico - POSSIBILIDADE - A Lei 10.792/03 que deu nova redação ao artigo 112 da LEP não vetou o exame criminológico - Realização de exame criminológico de rigor - Reeducando condenado pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico e roubo qualificado, com registro de falta disciplinar, em 01/03/2017 - Reincidente Determinação de realização de exame, com retomo do agravado ao regime fechado, após o que o Juízo deverá proferir nova decisão - Recurso provido." (e-STJ, fl. 49).

Neste *writ*, a impetrante sustenta que "para a requisição do exame criminológico é necessária fundamentação específica no caso em questão além do lapso tempo para o julgamento do Agravo em Execução tem o requisito que o paciente já tinha ganhado um segundo benefício, ou seja, já estava em liberdade." (e-STJ, fl. 5).

Alega que o paciente já progrediu para o regime aberto e encontra-se trabalhando, tendo passado pelo regime semiaberto com louvor, voltando de todas as saídas temporárias, sem nenhuma intercorrência (e-STJ, fls. 45-46).

Aduz, ainda, que, "de acordo com o artigo 118 da LEP e a doutrina só é possível a regressão de regime quando o acusado comete um novo crime ou falta grave, assim como quando da condenação em crime anterior, cuja a pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime" (e-STJ, fl. 9).

Pleiteia, em sede liminar, a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de origem para que o paciente seja posto em liberdade, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pugna pela cassação, em definitivo, do aludido acórdão, com o consequente restabelecimento da decisão de primeiro grau (e-STJ, fl. 11).

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

O art. 112 da Lei de Execuções Penais dispõe que, para a concessão da progressão de regime, é necessário o preenchimento dos requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário).

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, 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."

Entendimento esse que restou sedimentado neste Superior Tribunal de Justiça, por meio do Enunciado Sumular 439, *in verbis*: "admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada."

Nesse sentido, confira-se:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PROGRESSÃO DE REGIME. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. ALEGAÇÕES ESTRANHAS AO CURSO DA EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. A Lei n. 10.792/2003, ao alterar a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, afastou a exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que o magistrado de primeiro grau, ou mesmo a Corte estadual, diante das circunstâncias do caso concreto e adequada motivação, pode determinar a realização da referida prova técnica para a formação de seu convencimento. Entendimento consolidado da Súmula 439 desta Corte.

3. Na hipótese, o acórdão impugnado carece de fundamentação idônea, uma vez que determinou a realização de exame criminológico com base na gravidade dos crimes cometidos e na ocorrência de falta grave, a qual não restou confirmada.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão hostilizado e restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu ao paciente a progressão ao regime semiaberto." (HC 321.163/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015.)

No caso em análise, o Juízo da execução deferiu ao paciente a progressão ao regime semiaberto nos seguintes termos:

"[...]

O sentenciado, que é reincidente, já resgatou mais de 3/5 de sua pena corporal do crime hediondo + 1/6 de sua pena corporal do crime comum, no regime fechado, após a falta disciplinar de natureza grave cometida aos 01.03.2017, conforme aponta o cálculo de fls. 86/vº, do apenso "Roteiro de Penas", satisfazendo assim o requisito de ordem temporal exigido pela Lei n. 11.464/07, que regulamentou a progressão de regime para apenados pela prática de delito hediondo.

De outro lado, o diretor do presídio atesta-lhe "boa" conduta carcerária, registrando em seu prontuário nenhum, fato impeditivo a progressão (fls. 02/11).

Anote-se que venho atuando há vários anos na execução criminal e tenho notado o aumento progressivo da população carcerária sem que o Estado promova a respectiva estruturação, seja na construção de novas Unidades Prisionais, seja na contratação de novos servidores nas Unidades que estão superlotadas. Ademais, encontramos, também, no Poder Judiciário, a mesma falta de estrutura nas Varas de Execuções Criminais, e tudo isto acaba gerando enormes prejuízos aos presos, dentre eles a demora na confecção de pedidos de benefícios e o atraso das juntadas nas Varas competentes.

Dessa forma, levando-se em conta que esses atrasos não podem gerar prejuízos aos presos, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade, opto, doravante, por retroagir os efeitos da progressão à data exata em que o preso conquistou esse direito.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de progressão ao regime semiaberto formulado pelo sentenciado GELÍCIO FELICIANO, cujos efeitos deverão retroagir até 12.03.2018, data em que houve o efetivo cumprimento de 3/5 +1/6 da pena, após a falta.

[...]" (e-STJ, fls. 15-16).

O Tribunal de origem ao julgar procedente o recurso ministerial para cassar o benefício e determinar a realização de exame criminológico, assim fundamentou:

"O atestado de bom comportamento carcerário, por vezes, não é suficiente para aferir a cessação ou a diminuição da periculosidade do sentenciado, até mesmo por seu caráter simplista, restando ao arbítrio do magistrado a necessidade da requisição do exame criminológico para motivar o seu convencimento quanto ao preenchimento do requisito subjetivo, tendo como base cada caso concreto.

No caso em exame, observo que o agravado cumpre pena decorrente da prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico e roubo qualificado, sendo REINCIDENTE, de forma que é recomendável a realização do referido exame, diante não somente da gravidade do delito, mas, principalmente, por conta da REINCIDÊNCIA de seu comportamento anterior, bem como, em razão da prática de falta grave, cuja conduta foi reabilitada há pouco tempo da data da decisão atacada, o que gera dúvidas quanto ao merecimento de GELÍCIO FELICIANO para recebimento do benefício.

Saliento que a análise de cada caso não retrata que o sentenciado que

cometeu crime grave e, eventualmente, possua uma longa pena a cumprir não tenha direito à progressão de regime, mas **tais circunstâncias aliadas às acima descritas**, servem de indícios que levam a necessidade de uma avaliação mais rigorosa, pois implicam no interesse da sociedade.

Nem se diga que deva ser beneficiado, sob o argumento de que caso demonstre não estar efetivamente preparado para o convívio social ou venha a transgredir novamente a lei, regrida de regime, pois não se devem conceder benefícios sem o mínimo de segurança de que o sentenciado não cause dano à sociedade.

[...]

Portanto, é necessária a realização de exame criminológico, *in casu*, de modo a apreciar, com a cautela que o caso recomenda, a possibilidade de progressão de regime.

Assim, após a realização desse novo exame, as partes deverão se manifestar e deverá o Juízo das Execuções reapreciar o pedido, permanecendo o agravado no regime inicial fechado, nesse ínterim.

Desse modo, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO para cassar a decisão que deferiu o pedido de progressão de regime **GELICIO FELICIANO**, determinando o seu retorno ao regime fechado, a fim de que seja realizado exame criminológico, após o que as partes deverão se manifestar e o Juízo "a quo" proferir nova decisão.

[...]" (e-STJ, fls. 50-51 – grifos no original).

Não obstante os fundamentos expostos pela Corte Estadual, entendo que, diante das peculiaridades do caso em exame, assiste razão à defesa.

Ora, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte concluiu que "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" (HC 475.120/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 09/04/2019).

Assim, o fato de o paciente ser reincidente já foi objeto de valoração pelo magistrado na aplicação da sanção penal, na fase de conhecimento, bem como de incremento do lapso temporal para fins de progressão de regime, não podendo ser novamente sopesada para verificação do requisito subjetivo.

Lado outro, o cometimento de falta grave antiga não é fundamento idôneo para negar ao paciente a progressão de regime prisional, sobretudo se o sentenciado foi avaliado como tendo boa conduta carcerária. Ainda, mais, na espécie, por duas vezes, pois já houve a progressão do regime semiaberto para o aberto.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. FALTAS GRAVES COMETIDAS HÁ MAIS DE 5 ANOS. REITERAÇÃO DA PRÁTICA DE CRIMES GRAVES E LONGA PENA A CUMPRIR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

1. Nos termos do que dispõe o art. 122 da Lei de Execuções Penais, o apenado deverá cumprir os requisitos de natureza objetiva (lapso

temporal) e subjetiva (atestado de bom comportamento carcerário) para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

2. No caso, o Tribunal de origem ao revogar a progressão de regime não logrou fundamentar o indeferimento, deixando de invocar elementos concretos dos autos que pudessem afastar a decisão do magistrado, levando em conta a existência de faltas graves praticadas há mais de 5 anos (dezembro/2010 e maio/2012), a reiteração criminosa, a gravidade dos delitos praticados e a longa pena a cumprir, desconsiderando, ainda, a boa conduta carcerária do paciente, consubstanciada na existência de exame pericial favorável.

3. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu ao paciente a progressão para o regime semiaberto."

(HC 401.808/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 04/10/2017).

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de agravo em execução, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO CARCERÁRIA. REQUISITO SUBJETIVO. VERIFICAÇÃO. EXAME CRIMINOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É assente nesta Corte Superior o entendimento de que, embora a Lei n. 10.792/2003, introduzindo nova redação ao artigo 112 da LEP, tenha facultado ao magistrado deferir a promoção prisional considerando somente o cumprimento de 1/6 da sanção e o atestado de bom comportamento carcerário, não lhe é vedado aferir o mérito do reeducando por outros elementos concretos constantes dos autos.

2. No caso, evidencia-se o constrangimento ilegal em se exigir a realização de exame criminológico, pois justificada a sua realização de forma genérica e abstrata, sem que fosse apontado elementos concretos para a sua necessidade.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão proferida pela 2ª Vara de Execuções Penais e

Corregedoria dos Presídios da Comarca de Bauru - SP, que deferiu a progressão do paciente para o regime semiaberto."

(HC 335.610/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016).

Nesse contexto, concluo que o acórdão impugnado utilizou-se de argumento inidôneo para determinar a realização de exame criminológico, o que contraria o disposto na Súmula STJ n. 439 ("Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada"), bem como a Súmula Vinculante n. 26 ("Para efeito de progressão e regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 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").

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

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

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem 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 Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o magistrado de primeiro grau, ou mesmo o eg. 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 n. 439/STJ ("Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada") e na Súmula Vinculante n. 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 r. decisão agravada e determinar a realização do exame criminológico para aferir o mérito do sentenciado à progressão do regime prisional, embasou-se, genericamente, na gravidade abstrata do crime pelo qual o paciente foi condenado 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 v. acórdão proferido nos autos do Agravo em Execução n. 7003547-08.2016.8.26.0344, e restabelecer a r. decisão do MM. Juízo de primeiro grau que deferiu o pedido de progressão de regime prisional do paciente."

(HC 374.466/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 2/5/2017.)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A teor dos precedentes deste Superior Tribunal, ao indeferir a progressão de regime prisional por inadimplemento do requisito subjetivo, o julgador deve mencionar elementos desabonadores relacionados ao histórico carcerário do apenado.

2. A gravidade abstrata dos crimes objeto da execução penal, a longa pena a cumprir e a existência de faltas graves cometidas há muito tempo, a princípio, não constituem fundamento idôneo para cassar a progressão ao regime semiaberto concedida pelo Juízo de primeiro grau.

3. O Tribunal de Justiça pode discordar, de forma motivada, do resultado favorável de exame criminológico, pois não está adstrito à opinião dos especialistas. Contudo, os trechos de avaliação psicológica e de exame de personalidade, transcritos no acórdão, não evidenciam impeditivo para a gradativa reinserção do apenado, que já cumpre pena no regime semiaberto há mais de um ano, sem nenhum relato desabonador de sua conduta, inclusive com submissão a novo exame criminológico, favorável à sua inserção em regime aberto.

4. A realidade dos internos do sistema penitenciário nacional que, comumente, são associados a facções, sem individualizada participação do paciente nas ações de grupo criminoso, não pode justificar o cumprimento da integralidade da pena em regime fechado.

5. *Habeas corpus* concedido para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções."

(HC 417.318/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017).

Portanto, na espécie, tem-se que foram devidamente preenchidos os requisitos legais – tanto objetivos como subjetivos –, e que o Tribunal de origem

utilizou-se de argumentos inidôneos para cassar a progressão de regime concedida ao apenado. Desse modo, não tendo sido devidamente fundamentado o indeferimento da referida benesse, é manifesto o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, apto a autorizar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De ofício, **concedo** a ordem, para cassar o acórdão impugnado e manter hígidas as decisões do Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga/SP, que concedeu ao paciente a progressão ao regime semiaberto e posteriormente ao aberto.

Oficie-se a autoridade apontada como coatora e ao Juízo singular, encaminhando-se-lhes cópia desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

