

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.604 - SP (2019/0259844-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : JULIANA ARAUJO LEMOS DA SILVA - SP215256
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO BENTO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FABRICIO BENTO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravos em Execução n. 0012522-54.2018.8.26.0026).

Consta dos autos que o paciente - condenado à pena total de 9 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão - teve deferido seu pedido de progressão para o regime aberto pelo Juízo das Execuções de Bauru/SP, que entendeu estarem preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo previstos no art. 112 da Lei de Execuções Penais, dispensando a realização de exame criminológico por falta de motivo concreto recente que o justificasse, conforme critérios previstos na Súmula Vinculante n. 26 do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 224).

Em razão disso, o *Parquet* interpôs agravo em execução perante o Tribunal estadual pugnando pela reforma da decisão em razão do não adimplemento do mérito subjetivo e, subsidiariamente, pela necessidade da realização do exame criminológico, ao que foi dado parcial provimento ao recurso para determinar a submissão do apenado à verificação do exame, mantendo-o, contudo, no regime atual até manifestação das partes (e-STJ fls. 247 e 253).

Alega, no acórdão prolatado, que não há elementos nos autos a comprovarem efetivamente sua aptidão para a progressão ao regime aberto, cuja vigilância é bem menor, tendo em vista que: 1) o atestado de boa conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional não indica

Superior Tribunal de Justiça

cessação ou ao menos minoração da periculosidade, restringindo-se a declarar tão somente o cumprimento de seus deveres legais enquanto preso; 2) ainda que não se considere sua longa pena a cumprir - cujo término está previsto para 4/2/2024 -, não se deve ignorar a gravidade dos delitos aos quais foi condenado, quais sejam, furto, incêndios circunstanciados e ameaça no âmbito das relações domésticas (e-STJ tis. 248/249).

Salienta que a benesse progressiva não é um direito absoluto, devendo ser subordinada à análise aprofundada das condições pessoais, de modo a não colocar em risco a segurança da sociedade, bem como que a aferição do requisito subjetivo pela realização do exame criminológico não fere o disposto na Súmula Vinculante n. 26, citando precedentes e o Enunciado Sumular n. 439 desta Corte Superior (e-STJ fls. 249/252).

Nesta impetração, argumenta a defesa, por sua vez, que, além do preenchimento do requisito objetivo-temporal, não há dúvida alguma de que o paciente apresenta mérito subjetivo suficiente para a benesse progressiva, não podendo a longevidade da pena e a gravidade do delito constituírem óbice ao pleito, uma vez que possui bom comportamento carcerário; não cometeu nenhuma falta disciplinar: exerceu atividade laboroterápica; e não há nos autos elementos a indicarem sua periculosidade. Ademais, a gravidade do delito já foi considerada quando da aplicação da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal, não cabendo reanálise em sede executória, sob pena de constituir verdadeiro *bis in idem* (e-STJ fls. 6 e 12).

Informa, ademais, que o sentenciado ainda se mantém no regime de menor vigilância a que foi colocado, tendo sido beneficiado com duas saídas temporárias, cujas condições foram cumpridas fielmente, e não tendo praticado qualquer falta disciplinar que caracterize descumprimento das regras do regime, o que vem a endossar sua boa conduta já atestada pelo diretor do presídio (e-STJ fls. 7 e 12).

Aduz que não pode a Corte estadual exigir prova que o Juiz *a*

Superior Tribunal de Justiça

quo, motivadamente, dispensou, nos termos da jurisprudência desta Corte, ressaltando a teoria do fato consumado, segundo a qual "os fatos jurídicos consolidados no decurso do tempo devem ser respeitados, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica e causar à parte desnecessário prejuízo, sobretudo quando tais fatos são embasados em decisão judicial que os sustenta", de modo que cassar a progressão de regime, sem fato novo que a justifique, seria "retroagir a conquista do paciente diante de fundamentos ineficazes e vagos para unicamente mantê-lo em regime mais gravoso até atingir novas e desnecessárias condições" (e-STJ fls. 12/13).

Em vista disso, evidenciado o constrangimento ilegal, requer seja deferida a liminar e, ao final, seja concedida a ordem em definitivo para afastar a realização do exame criminológico determinada pelo Tribunal estadual e manter a promoção ao regime aberto deferida pelo juiz de primeiro grau.

Liminar deferida para determinar a suspensão do acórdão impugnado (e-STJ fls. 257/264).

Informações prestadas pelo Presidente da Seção de Direito Criminal do TJSP (e-STJ fls. 272/281) e pelo Juízo da Primeira Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto/SP (e-STJ fls. 285/286).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (e-STJ fls. 290/292).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a

Superior Tribunal de Justiça

utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. 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. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

Superior Tribunal de Justiça

TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

In casu, o paciente teve o pedido de progressão para o regime aberto deferido pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. Inconformado com tal decisão, o Ministério Público interpôs agravo em execução no Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, para determinar a realização de exame criminológico, com manutenção do sentenciado no regime em que se encontra, devendo o Juízo *a quo*, após a produção da prova técnica, proferir nova decisão sobre a manutenção da progressão ou eventual regressão do reeducando.

Confira-se a fundamentação adotada pela Corte local (e-STJ fl. 252) :

Superior Tribunal de Justiça

[...]

(...) no presente caso, (...) as circunstâncias pessoais e comportamentais do sentenciado, e a própria gravidade concreta dos delitos pelos quais condenado, tornam recomendável sua submissão ao exame criminológico, sobretudo para avaliar se persistem os motivos que o levaram à delinquência - aferindo-se, inclusive, eventual necessidade de acompanhamento por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais - ou se denota absorção da terapêutica prisional, possibilitando seu reingresso paulatino à convivência social.

Referida prova técnica deverá ser realizada no prazo de até 60 (sessenta) dias, ficando o reeducando advertido de que o não comparecimento para feitura da prova ou a prática de qualquer embaraço nesta fase poderá acarretar a regressão ao regime fechado.

[...]

Sustenta a impetrante que o Tribunal coator fincou motivação do *decisum* tão somente na gravidade abstrata do delito e na longa pena a cumprir.

Razão assiste à defesa.

Com efeito, na espécie, a ordem de realização de exame criminológico fundamentou-se, tão somente, na gravidade abstrata do delito pelo qual foi condenado o paciente e na longa pena a cumprir.

Sobre a matéria, 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, de modo que a avaliação do cumprimento do requisito subjetivo somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal.

Confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME DETERMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

Superior Tribunal de Justiça

AUSÊNCIA REQUISITO SUBJETIVO. PERICULOSIDADE DO APENADO EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Não há como conhecer de habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Verifica-se o pedido deduzido na impetração apenas no tocante à existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

- A decisão que determinou o retorno do apenado ao regime fechado e a realização de exame criminológico antes da concessão do benefício, está fundamentada, tendo a Corte Estadual entendido, no caso concreto, que se tratava de pessoa com personalidade perigosa, voltada para a prática de crimes. Chegou a essa conclusão após examinar a folha de antecedentes e a gravidade concreta dos crimes praticados pelo paciente, que possui duas condenações pelos crimes de roubo circunstanciado e formação quadrilha, praticados contra joalherias. Vale destacar que em uma das empreitadas criminosas, o paciente assaltou loja localizada no interior de um shopping center, restringiu a liberdade de clientes e funcionários, se apropriou de mercadorias de elevado valor, e, no momento da fuga, ainda tomou como refém, sob a mira de arma de fogo, funcionário do referido estabelecimento, até que pudesse se evadir do local.

- Nesse contexto, está devidamente fundamentada a exigência de exame criminológico para a concessão de progressão de regime, não cabendo reparo na decisão da Corte Estadual.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 308.399/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015)

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,

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

o regime semiaberto.

(HC 293.882/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014)

Configurada, portanto, na espécie, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão do *writ* de ofício.

Diante do exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*. No entanto, **concedo a ordem de ofício** para, cassando o acórdão proferido no Agravo em Execução Penal n. 0012522-54.2018.8.26.0026, restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais, que concedeu ao sentenciado a progressão para o regime aberto, sem realização de exame criminológico.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator