

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.973 - SP (2019/0262097-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RITA DE CASSIA GANDOLPHO - SP293626
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID DA SILVA MARTINS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de DAVID DA SILVA MARTINS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais deferiu ao paciente a progressão para o regime aberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o TJSP, que deu provimento ao recurso em *decisum* assim ementado (e-STJ fl. 38):

Agravo em Execução Penal - Ministério Público - Progressão de regime - Inexistência de elementos para aferição do requisito subjetivo.

- Atestado de bom comportamento carcerário insuficiente a tanto - Peculiaridades do caso concreto que tornam imprescindível a realização de exame criminológico - Decisão cassada - Determinada a realização da perícia - Agravo em execução provido.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega, em síntese, que "o entendimento sedimentado é justamente o de que a gravidade do delito e a quantidade de pena imposta não podem servir, sozinhos, de motivo para a determinação de exame criminológico, constituindo, ainda, constrangimento ilegal a inserção ao regime mais rigoroso para realizá-lo" (e-STJ fl. 7).

Requer, nesse diapasão, liminarmente, a concessão de ordem de expedição de contramandado de prisão ou alvará de soltura. No mérito, pugna pela concessão da ordem "para cassar o acórdão impugnado e

Superior Tribunal de Justiça

restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu a progressão de regime" (e-STJ fl. 10).

Liminar indeferida (e-STJ fls. 55/56).

O Ministério Público Federal opina "pelo não conhecimento, mas mas concessão da ordem, de ofício" (e-STJ fls. 62/64).

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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. 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

Superior Tribunal de Justiça

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, o qual deu provimento ao recurso, reformando o *decisum* agravado, com ordem de realização de exame criminológico.

Confira-se a fundamentação adotada pela Corte local (e-STJ fls. 39/40) :

[...]

O agravado foi condenado ao cumprimento de 04 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, pela prática do crime de roubo em concurso de agentes e com restrição à liberdade da vítima, em sua forma tentada, tendo iniciado o cumprimento da pena em 26 de março de 2018, e com término previsto para 31 de março de 2022.

De acordo com os documentos acostados aos autos, o agravado demonstrou o atendimento do requisito objetivo necessário à progressão de regime, bem como apresentou atestado de bom comportamento carcerário.

Contudo, o recurso comporta provimento para que seja determinada a realização de exame criminológico.

Observo que embora a Lei nº 10.792/2003 tenha dado nova redação ao artigo 112 da Lei das Execuções Penais, suprimindo a obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão de regime, sua realização é possível diante das particularidades do caso e mediante fundamentação concreta.

Nesse sentido o entendimento consolidado na Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada", cujo posicionamento foi mantido em recentes decisões da Corte.

E o agravado, desde sua primeira prisão, ocorrida no ano de 2001, tem reincidido na prática dos mais diversos crimes, tais como roubos, desacato e posse ilegal de arma de fogo.

Aliás, quando usufruía do benefício da liberdade provisória, concedido no curso da ação penal que originou a presente execução, o agravado tornou a delinquir, eis que foi preso em flagrante logo após um assalto, pelo qual restou condenado em

Superior Tribunal de Justiça

decisão ainda não transitada em julgado.

Não fosse o bastante, observo que os crimes em questão foram praticados mediante grave ameaça à pessoa.

Tais circunstâncias são suficientes a recomendar a cautela na concessão de benefícios, em especial porque o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, sendo caracterizado pela mínima vigilância estatal.

Portanto, as peculiaridades do caso concreto demonstram ser mais prudente a realização de exame criminológico, a fim de constatar se o agravado possui mérito para progredir ao regime aberto.

[...]

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

Razão assiste à defesa.

Com efeito, na espécie, a progressão do reeducando para o regime aberto foi cassada com fundamento, 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.

Confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME DETERMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA REQUISITO SUBJETIVO. PERICULOSIDADE DO APENADO EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Superior Tribunal de Justiça

- 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, 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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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,

Superior Tribunal de Justiça

QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014)

Na mesma linha, pronunciou-se o *Parquet* federal (e-STJ fl. 64):

[...]

7. Não é vedado ao julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, a submissão do paciente a exame criminológico, desde que o faça de maneira fundamentada, em obediência ao que dispõe a Súmula n. 439/STJ².

8. Na hipótese, o histórico criminal anterior à execução da pena em trâmite não justifica o exame criminológico, pois a progressão anterior de regime, as três saídas temporárias e o atestado de bom comportamento carcerário indicam que o paciente tem condições de cumprir a pena no meio aberto.

[...]

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. 0004299-48.2019.8.26.0521, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Criminais, concessiva da progressão de regime prisional ao sentenciado sem a necessidade de exame criminológico, caso não exista óbice superveniente à concessão da benesse.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator