

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 543.234 - SP (2019/0327799-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : VERA ELISETE VERA LIVERO
ADVOGADO : VERA ELISETE VERA LIVERO - SP139009
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : T C C (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar impetrado em favor de T C C contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no *Writ* n. 2192130-22.2019.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente cumpre pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 217-A, § 1º, do Código de Processo Penal, com término previsto para 13/6/2024 – Execução Criminal n. 0016280-64.2016.8.26.0041.

O Juízo da execução determinou a submissão do paciente a exame criminológico para a análise do requisito subjetivo necessário à progressão ao regime aberto (e-STJ fls. 143-146).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, cuja ordem foi denegada (e-STJ fls. 103-108).

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal suportado pelo paciente, pois afirma que ele preenche os requisitos objetivo e subjetivo para a progressão ao regime aberto desde 7/7/2019, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Aduz, entretanto, que há demora desarrazoada na realização do exame criminológico, inexistindo sequer previsão de sua realização.

Sustenta, ainda, que não houve fundamentação suficiente quanto à necessidade de realização do exame criminológico, pois a decisão impugnada baseou-se apenas na gravidade abstrata do delito que originou a execução.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que o paciente seja imediatamente progredido ao regime aberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 111-112).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 125-145 e 148-155).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal oficiou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 157-159).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso II, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a

Superior Tribunal de Justiça

verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Segundo a dicção do art. 112 da Lei de Execução Penal, para que o reeducando faça jus aos benefícios da execução e à promoção carcerária é necessário o preenchimento de requisitos objetivo e subjetivo.

No que tange ao requisito subjetivo, de acordo com o aludido dispositivo legal, este é aferido através de atestado de bom comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento no qual o condenado cumpre sua sanção privativa de liberdade.

No entanto, não é vedado ao magistrado determinar a realização do exame criminológico quando, a despeito do reeducando apresentar bom comportamento carcerário certificado pelo diretor do estabelecimento prisional, entender não preenchido o requisito subjetivo, desde que aponte peculiaridades da situação fática que demonstrem a ausência de mérito do condenado.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO. LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. INDEFERIMENTO COM BASE EM DADOS CONCRETOS EXTRAÍDOS DOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

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 - Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais.

IV - Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade na decisão impugnada, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto que justificam o indeferimento da progressão do regime prisional em razão da ausência do cumprimento do requisito subjetivo pelo apenado.

V - Esta Corte possui entendimento consolidado no sentido de ser inviável, na via estreita do habeas corpus, examinar se estão ou não presentes os requisitos subjetivos e objetivos para a progressão de regime prisional, pois demandaria dilação probatória aprofundada.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 308.630/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA

Superior Tribunal de Justiça

TURMA, DJe 10/04/2015; sem grifos no original.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO CONCEDIDA EM 1º GRAU. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. HISTÓRICO CARCERÁRIO CONTURBADO. PRÁTICA DE FALTAS GRAVES. COMETIMENTO DE NOVO DELITO DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Legítima é a denegação de progressão de regime com fundamentos concretos, pelo não preenchimento do requisito subjetivo em virtude, essencialmente, do histórico carcerário conturbado, com o registro da prática de faltas disciplinares de natureza grave durante o cumprimento da pena, além de ter sido preso, em flagrante, meses após ter sido expedido alvará de soltura a seu favor, por duas vezes. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 308.744/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 20/02/2015; sem grifos no original.)

Na hipótese dos autos, em face do livre convencimento motivado, a Corte de origem reputou adequada a determinação de realização do exame criminológico para a análise do preenchimento do requisito subjetivo para a progressão de regime, com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 105-108):

[...] No mais, o pedido de progressão ainda não foi julgado, vez que determinou a d. autoridade judiciária a realização de exame criminológico para a aferição do requisito subjetivo. Assim, a concessão da progressão, por esta via, sem possibilidade de aquilatar o merecimento do paciente e quando há pedido formalmente feito na sede adequada, para o mesmo fim, implicaria julgamento antecipado do mérito e supressão de instância, o que é notoriamente impossível.

No mais, plenamente cabível a determinação de realização do exame criminológico.

Com efeito, é cediço que, a teor da nova dicção dada ao art. 112 da LEP, deixou de ser obrigatória a realização de exame criminológico para fins de benefícios, sendo

Superior Tribunal de Justiça

suficiente, como regra geral, o atestado de bom comportamento carcerário para comprovar o preenchimento do requisito subjetivo.

Entretanto, não se pode concluir que, em decorrência da alteração legislativa ocorrida em 2003, o exame criminológico não pode ser determinado em nenhuma hipótese, pois existem outros dispositivos no ordenamento jurídico que permitem ao magistrado submeter o réu ao referido exame, desde que o fundamento motivador de sua decisão seja idôneo, ou seja, desde que devidamente fundamentada a sua determinação.

De fato, além das normas previstas na legislação ordinária, existem súmulas dos tribunais superiores que espancam qualquer dúvida acerca da matéria em comento. Vejamos:

“Súmula 439 do STJ. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.” “Súmula Vinculante nº 26 do STF. 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.”

[...]

Cumpra ressaltar, também, que a solicitação de realização de exame criminológico para apreciação de pedido de benefícios está inserida no poder de cautela do juiz, devendo este apenas fundamentar sua decisão, como ocorreu no caso em tela.

Destarte, se as circunstâncias do caso concreto trazem dúvidas ao julgador, este deve buscar esclarecê-las, através da perícia solicitada, para poder avaliar do melhor modo possível o quesito subjetivo do benefício, dentro de seu livre convencimento motivado.

O Magistrado singular, por sua vez, ao justificar a necessidade de realização de exame criminológico, enfatizou que “o sentenciado foi condenado pelo crime hediondo de estupro” e que “ante a peculiaridade do caso [...] faz-se necessária uma análise mais profunda da personalidade do reeducando e de suas reais condições para ser beneficiado com a progressão ao regime aberto e retorno ao convívio social” (e-STJ fl. 143).

Como se vê, as instâncias ordinárias firmaram compreensão de que, diante da

Superior Tribunal de Justiça

dúvida acerca do preenchimento do requisito subjetivo para a progressão, mostra-se correta a determinação de realização do exame criminológico, ante a exigência de maior cautela quando da concessão de benefícios, porquanto na fase de execução de pena deve-se observar o princípio do *in dubio pro societate*.

Tal posicionamento se alinha à jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, embora a Lei n. 10.792/2003, que alterou a redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal, tenha dispensado a elaboração de exame criminológico como requisito da progressão, é possível aos magistrados condicionarem o deferimento do benefício à citada avaliação, se as peculiaridades da situação fática assim o exigirem.

Essa interpretação está consolidada no verbete sumular 439 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

A Súmula Vinculante n. 26, por sua vez, prevê a realização do exame criminológico, desde que por decisão fundamentada:

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.

A respeito da matéria em debate, cito precedentes deste Tribunal Superior:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. FALTAS GRAVES. EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO PRÉVIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - Para a concessão do benefício do livramento condicional, nos termos do art. 83 do Código Penal, deve o reeducando preencher os requisitos de natureza objetiva (fração de cumprimento da pena) e subjetiva (comportamento satisfatório durante a execução

Superior Tribunal de Justiça

da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover ao próprio sustento de maneira lícita). Ademais, nos termos do Enunciado n.º 439 das Súmulas do STJ, "admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

III - Na hipótese, o entendimento da eg. Corte estadual quanto à necessidade de prévio exame criminológico para a avaliação do cumprimento do requisito subjetivo do livramento condicional pelo paciente está fundado em elementos concretos extraídos dos autos, notadamente os registros anteriores de duas faltas disciplinares de natureza grave, praticadas, respectivamente, em março de 2011 e março de 2012.

IV - Além disso, esta Corte possui entendimento consolidado no sentido de ser inviável, na via estreita do habeas corpus, a dilação probatória necessária para o exame amplo e aprofundado da conduta carcerária do apenado a fim de se proceder a possível inversão do que restou decidido pelo eg. Tribunal a quo quanto ao não preenchimento do requisito subjetivo para concessão do benefício do livramento condicional.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 334.397/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 20/10/2016; sem grifos no original.)

HABEAS CORPUS. CASSAÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PRÁTICA DE FALTAS GRAVES NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA (NÃO RETORNAR DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS E POSSE DE ENTORPECENTE DENTRO DO PRESÍDIO). COMPORTAMENTO CARCERÁRIO INSATISFATÓRIO. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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 habeas corpus, 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.

2. Inicialmente, verifica-se que a parte preambular do decisum encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, no sentido de que, conquanto não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (enunciado n.

441 da Súmula do STJ), a prática de falta grave impede a

Superior Tribunal de Justiça

concessão do aludido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III, do Código Penal.

3. No caso, o Tribunal de origem ao revogar a benesse do livramento condicional e determinar a realização do exame criminológico logrou fundamentar concretamente a necessidade do referido exame, invocando elementos concretos dos autos para afastar a decisão do magistrado, sobrelevando, sobretudo, o histórico executivo tumultuado do paciente, que ostenta faltas graves, quais sejam, não ter retornado de saídas temporárias e possuir substância entorpecente dentro do presídio, esta última praticada em dezembro de 2012. Precedentes.

4. Ademais, é firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em habeas corpus, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 379.071/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017; sem grifos no original.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DEFERIMENTO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. DETERMINAÇÃO DE RETORNO AO REGIME FECHADO E REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE QUE PRATICOU NOVO DELITO QUANDO BENEFICIADO COM A SAÍDA TEMPORÁRIA.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. Contudo, se constatada a existência de manifesta ilegalidade, é possível a concessão da ordem de ofício (HC n.299.261/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 18/09/2014).

- A alteração do art. 112 da Lei de Execuções Penais pela Lei n. 10.792/2003 não proibiu a realização do exame criminológico quando fundamentada a necessidade de avaliação do condenado com base no caso concreto. Desse modo, o exame criminológico pode ser utilizado para a formação do convencimento acerca do direito de progressão de regime.

- Na hipótese dos autos, a determinação de retorno ao regime fechado bem como a realização do exame criminológico

Superior Tribunal de Justiça

apresenta fundamentação idônea. O Tribunal a quo fundamentou-se no cometimento de novo delito pelo paciente - roubo qualificado - quando beneficiado com a saída temporária do Natal/Ano Novo de 2011, bem como no registro de falta grave cometida no curso da execução penal. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 318.082/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 28/08/2015; sem grifos no original.)

Demonstrada, portanto, a necessidade de melhor avaliação do requisito subjetivo, não se vislumbra nenhuma ilegalidade no acórdão impetrado que deva ser sanada nesta instância superior.

No que se refere à alegação de excesso de prazo para a realização do exame criminológico, o acórdão combatido deixou de examinar diretamente a questão, afirmando apenas que, “*no mais, o pedido de progressão ainda não foi julgado*” (e-STJ fls. 105).

Das informações prestadas pelo Juízo singular às fls. 127-128, verifica-se que a tramitação do feito estaria ocorrendo dentro da razoabilidade de tempo esperada, uma vez que o paciente atingiu o lapso temporal para a progressão de regime em 26/8/2019, a decisão que determinou a realização do exame criminológico foi proferida em 2/9/2019 e o Juízo da execução determinou a “*vinda do exame criminológico requisitado às fls. 179/180 com urgência*” em 8/11/2019.

Tais elementos indicam que, ao menos por ora, não há configuração de constrangimento ilegal suscetível de concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece do habeas corpus, com recomendação** ao Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal (DEECRIM 1ª RAJ) de São Paulo, que julgue com a urgência que o caso requer o pedido de progressão de regime do paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator