

HABEAS CORPUS Nº 540.403 - SP (2019/0312522-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ESTEVAN FAUSTINO ZIBORDI
ADVOGADO : ESTEVAN FAUSTINO ZIBORDI - SP208633
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX NATAL GOMES DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

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

Consta dos autos que o Juízo da Execução progrediu o paciente ao regime semiaberto (e-STJ, fls. 44-46).

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu provimento ao agravo ministerial para cassar a decisão de primeiro grau, condicionando a progressão à realização de exame criminológico, bem como para regredir o apenado ao modo fechado. Eis a ementa do julgado (e-STJ, fl. 48):

"Agravo em Execução. Progressão ao regime intermediário. Deferida. Sentenciado condenado por crime hediondo e ostenta pena longa ainda a resgatar. Realização de exame criminológico. Possibilidade. Decisão cassada, com a determinação do retomo do sentenciado ao regime fechado e que seja realizado exame criminológico presidido por equipe multidisciplinar. Agravo provido."

Diante da não conclusão do referido exame, pela impossibilidade de realização de parecer psiquiátrico, a defesa impetrou prévio *writ* no Tribunal de origem, que o indeferiu liminarmente, conforme ementa a seguir transcrita (e-STJ, fl. 74):

"*Habeas Corpus* - Defesa pretende afastar a submissão do paciente ao exame criminológico cuja determinação partiu desta E. 7ª Câmara de Direito Criminal no julgamento de Agravo em Execução 9000106.32.2018.8.26.0047 - Incompetência deste E. Tribunal de Justiça para analisar o *writ*. Indeferimento *in limine* da impetração."

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que, embora preenchidos os requisitos para progressão ao regime semiaberto, a Corte de origem determinou a realização de exame criminológico por equipe multidisciplinar, o qual não foi concluído até o momento por conta da não complementação por psiquiatra.

Salienta que o paciente está cumprindo pena há mais de 8 meses em regime mais gravoso por total incompetência do Estado em prestar o parecer psiquiátrico.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja determinado ao Juízo de execução que analise o pleito de progressão, independentemente de complementação por exame

psiquiátrico.

Liminar **deferida** às fls. 83-85 (e-STJ).

Informações prestadas às fls. 94-116 e 119-123 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *habeas corpus*, cassando-se a liminar deferida (e-STJ, fls. 125-132).

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.

No caso, observa-se que o Juízo da Execução concedeu a progressão ao regime intermediário ao paciente, o que foi cassado pelo Tribunal *a quo*, por entender ser necessária a realização do exame criminológico, mediante a seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 50-53):

"No caso dos autos, o agravado praticou delito de especial gravidade, tráfico de drogas, não fazendo jus a ligeira progressão, em vista de tais deméritos subjetivos, de modo que razão assiste ao *Parquet* quando pugna pela realização do exame criminológico, a fim de se avaliar de forma segura e eficaz a condição pessoal do sentenciado.

[...]

No caso em exame, diante da gravidade do crime perpetrado pelo sentenciado, de fato, não basta a boa conduta carcerária para amparar uma progressão ao regime semiaberto, visto que demonstra ser indivíduo perigoso para a sociedade.

[...]

E a longa pena a resgatar também configura outro fator que demanda a permanência do sentenciado em regime mais rigoroso para que possa refletir adequadamente sobre os atos que praticou e demonstrar de forma inequívoca que adquiriu senso de responsabilidade, disciplina, e que conseguirá conter seus instintos diante das inúmeras adversidades que enfrentará em uma nova etapa do resgate da pena em regime intermediário, comprovando, assim, que não sucumbirá ao crime.

[...]

Assim, a r. decisão não pode prevalecer, vez que não há nos autos prova cabal que demonstre que o recorrido se revela apto para o abrandamento do regime prisional, de modo a usufruir plenamente deste processo reeducacional, ao reverso, as peculiaridades do caso em exame tornam imprescindível a submissão do sentenciado ao exame criminológico, vez que o singelo atestado de boa conduta carcerária alcançado pelo cativo não confere garantia de que a sociedade não será alvo de nova investida criminoso, ate porque o bom comportamento é simplesmente o mínimo que se pode esperar de alguém que se encontra segregado por ter cometido um crime.

[...]"

O Exame Criminológico foi realizado, e restou favorável ao paciente (e-STJ, fls. 57-63). Não obstante, o magistrado deixou de analisar o pleito de progressão em razão da ausência de parecer psiquiátrico (e-STJ, fls. 65 e 69-70), o que ensejou a impetração de *habeas corpus* no Tribunal de origem, o qual foi indeferido liminarmente (e-STJ, fls. 73-80).

Com efeito, observa-se que o pleito não foi analisado pela Corte de origem, por se julgar incompetente, já que a decisão que determinou a realização de exame criminológico e a regressão de regime foi sua. Portanto, em princípio, seria vedada a análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Ocorre que, conforme consignado na decisão que deferiu o pedido liminar (e-STJ, fls. 83-85), não agiu o Tribunal *a quo* com o devido acerto, pois a competência para análise da questão é dele, por decorrer o ato coator da mora do Juízo de primeira instância em concluir o exame criminológico, ante a carência do Estado em prestar o parecer psiquiátrico (e-STJ, fls. 65 e 69-70).

Dessa forma, sendo flagrante o constrangimento ilegal, impõe-se a atuação desta Corte Superior, 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).

Dos termos do acórdão, verifica-se que a Corte estadual decidiu pela não existência de provas aptas e suficientes a demonstrar que o sentenciado reúna condições de ser colocado em regime mais brando, diante da gravidade abstrata do delito e da longa pena a cumprir, razão pela qual consignou ser prudente a realização de novo exame criminológico por equipe multidisciplinar, com a necessária presença de um psiquiatra, para exame de condição subjetiva do preso.

Ocorre que, segundo jurisprudência pacífica desta Corte Superior, "as instâncias ordinárias condicionaram a progressão de regime à realização de exame criminológico, todavia, determinada sob fundamentos inidôneos: longa pena a cumprir e gravidade abstrata dos crimes cometidos." (HC 510.620/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019).

Corroboram:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. EXAME CRIMINOLÓGICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICASSEM A ELABORAÇÃO DA PROVA TÉCNICA. VIOLAÇÃO À SÚMULA N. 439/STJ E À SÚMULA VINCULANTE N. 26. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A despeito de o exame criminológico não ser requisito obrigatório para a progressão do regime prisional, os Tribunais Superiores admitem a sua realização para a aferição do mérito do apenado em hipóteses excepcionais. Súmula n. 439/STJ e Súmula Vinculante n. 26.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem deu provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público e reformou a decisão de primeiro grau que concedera a progressão de regime, sem indicar elementos concretos pelos quais o exame criminológico estaria justificado, fundamentando a determinação tão somente na gravidade em abstrato dos delitos cometidos e na longa pena a cumprir do agravado, o que não se coaduna com a jurisprudência desta Corte acerca do tema.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 536.956/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019).

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO COM BASE, TÃO SOMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E LONGA PENA A

CUMPRIR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Na espécie, a ordem de realização de exame criminológico para instruir pedido de progressão ao regime semiaberto fundamentou-se, tão somente, na gravidade abstrata do delito pelo qual foi condenado o paciente e na longa pena a cumprir.

3. 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.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do pedido de progressão de regime prisional formulado em benefício do apenado sem a realização de exame criminológico, avaliando o cumprimento do requisito subjetivo somente em fatos ocorridos no curso da própria execução penal."

(HC 531.277/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 18/09/2019).

Noutro giro, também é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível "que psicólogo nomeado pelo Juízo ateste a presença, ou não, do requisito subjetivo do reeducando, pois o exame criminológico é dispensável e, quando elaborado, ainda que pelos referidos profissionais, representa um elemento no conjunto probatório apto a formar a convicção do Juízo. Portanto, inexistente qualquer vício pela ausência de médico psiquiatra a atestar o exame criminológico" (HC 436.653/SP, Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018).

Ademais, na hipótese, o Exame Criminológico apresentou prognóstico de ressocialização favorável ao apenado. É certo que o magistrado não está adstrito às conclusões do Laudo de Exame Criminológico, contudo é um elemento seguro à análise do requisito subjetivo.

Cumpra registrar, a esse respeito, que o Juízo de 1º grau, em cumprimento à decisão desta Corte Superior que deferiu o pedido liminar, asseverou o seguinte (e-STJ, fl. 121):

"[...]

Pela leitura do exame criminológico realizado às fls. 33/36 do apenso dos autos suplementares autuado em 10.09.2018, denota-se que o sentenciado está apto para alcançar o benefício de progressão ao regime semiaberto, mormente no que diz respeito ao relatório psicológico que relata que ele se apresentou para o atendimento de maneira calmo (sic), sendo solícito, verbalizando seus conteúdos de maneira coerente e clara, demonstrando estar lúcido, devidamente orientado no tempo e espaço, com aparente capacidade para associar as idéias e sintetizar o raciocínio e, ainda, apesar da condição de avaliado, conseguiu manter os níveis de ansiedade sob controle."

Nesse contexto, verifica-se que o acórdão foi proferido em dissonância com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema.

A propósito:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM SEGUNDO GRAU. DETERMINAÇÃO DE NOVO EXAME CRIMINOLÓGICO E PSIQUIÁTRICO. GRAVIDADE DOS DELITOS PRATICADOS E LONGA PENA A CUMPRIR (TRÁFICO DE DROGAS E ROUBO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, 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.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, desde a Lei n. 10.792/2003, que conferiu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal, aboliu-se a obrigatoriedade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime, cumprindo ao julgador verificar, em cada caso, acerca da necessidade, ou não, de sua realização, podendo dispensá-lo ou, ao contrário, determinar sua realização, mediante decisão concretamente fundamentada na conduta do apenado no decorrer da execução. Precedentes.

3. Na espécie, valeu-se o Tribunal a quo efetivamente apenas da gravidade dos crimes praticados pelo paciente - tráfico de drogas e roubo - e a longa pena a cumprir (término em 2025) para cassar a progressão de regime e determinar a realização de novo exame criminológico com avaliação psiquiátrica, não obstante favorável o exame já realizado e o atestado de boa conduta carcerário.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão do Juízo das execuções penais que deferiu ao paciente a progressão para o regime semiaberto."

(HC 509.959/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe

10/09/2019, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. REQUISITO SUBJETIVO. GRAVIDADE DO DELITO E DURAÇÃO DA PENA. EXAME CRIMINOLÓGICO FAVORÁVEL. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA INFIRMÁ-LO. EXIGÊNCIA DE PARECER PSIQUIÁTRICO COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com a regra do 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 se podendo cercar de elementos ou circunstâncias não previstos na lei de regência.

2. A Corte *a quo* pode discordar da conclusão favorável do exame criminológico, desde que o faça a partir de uma motivação concreta, e não com argumentos genéricos, o quais, por si sós, não são hábeis a infirmar os elementos de convicção que, em seu conjunto, comprovam a existência do requisito subjetivo necessário à concessão da progressão de regime pleiteada.

3. Conforme entendimento desta Corte, "não há necessidade de complementação do exame com parecer psiquiátrico, na medida em que a primeira perícia concluiu que o paciente está "buscando sua reinserção social, de forma satisfatória". Ademais, a providência não foi recomendada por nenhum setor técnico da unidade e não foi demonstrada qualquer evidência de que o sentenciado seja portador de distúrbio mental que justifique a intervenção de profissional da psiquiatria" (HC 399.139/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 30/10/2017).

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 456.436/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 12/03/2019).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De ofício, **concedo** a ordem, para confirmar a liminar deferida às fls. 83-85 (e-STJ) e, assim, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Assis - SP, que concedeu ao paciente a progressão ao regime semiaberto.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo singular, encaminhando-lhes cópias desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator