

HABEAS CORPUS Nº 539.478 - SP (2019/0308122-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR
ADVOGADO : LUIZ GUSTAVO TRAVIZANUTO MANSUR - SP253358
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE DA SILVA PAIVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ANDRE DA SILVA PAIVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado em Execução n. 7004725-55.2017.8.26.0344).

Consta dos autos que Juiz da execução concedeu ao paciente o regime semiaberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante a Corte estadual. O Tribunal, então, deu parcial provimento ao recurso para que o paciente retorne ao regime fechado a fim de realizar o exame criminológico (e-STJ fls. 21/28):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - Pedido de progressão de regime deferido pelo Juízo a quo - Dúvida, porém, acerca do afirmado não preenchimento do requisito subjetivo - Elementos apresentados para fundamentar a decisão que não propiciam certeza quanto ao cabimento da progressão de regime, mas também não evidenciam seu impedimento - Excepcionalidade do caso concreto - Indispensabilidade, na situação específica do sentenciado, da realização de exame criminológico para análise de pedido de progressão de regime - Inteligência da Súmula nº 439 do C. STJ e da Súmula Vinculante nº 26 - Agravo ministerial parcialmente provido.

Nesta impetração, a Defensoria Pública alega que o argumento utilizado pelo acórdão coator carece de fundamentação concreta para determinar a realização do exame criminológico, pois a avaliação da conduta não deve se basear na longevidade da pena a cumprir, tampouco no comportamento anterior ou no

momento da prática do delito, mas sim em fatos ocorridos no decorrer da execução, sob pena de se configurar o *bis in idem*.

Argumenta, também, que a "Juíza da Vara das Execuções Criminais de Marília/SP, não vislumbrou qualquer necessidade ou MOTIVO para requerer a realização de Exame Criminológico".

Diante disso, pretende, em liminar e no mérito, o restabelecimento da decisão primeva, que promovera o paciente ao regime semiaberto.

O pedido urgente foi indeferido (e-STJ fls. 50/52).

O Ministério Público, após solicitar informações (e-STJ fls. 55), as quais foram devidamente prestadas (e-STJ fls. 60/63), apresentou parecer pela denegação da ordem (e-STJ fls. 65/66).

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: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJe 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.

O impetrante pretende o retorno do sentenciado ao regime intermediário, sem que seja necessária a realização de exame criminológico.

O Tribunal determinou o regresso do paciente ao regime fechado para que ele seja submetido ao exame em comento, apresentando os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 25/26):

Baseando-se nas peculiaridades do caso, a douta magistrada de primeiro grau deliberou, no âmbito de sua esfera de convencimento, por não submeter o sentenciado a exame criminológico, por entender que já se encontravam nos autos elementos suficientes para a formação de sua convicção.

Na hipótese em tela, o Juízo da Execução concluiu, no caso concreto, em face dos elementos de convicção já existentes e sopesado o bom comportamento carcerário, que estaria configurado o requisito subjetivo para a progressão.

[...] Contudo, por outro lado, não se pode desconsiderar que se trata, deveras, de prontuário conturbado (fls. 20/22), pois o agravante conta com cinco prisões em flagrante, além de uma interrupção de pena, por descumprimento de livramento condicional.

Portanto, os elementos constantes dos autos não demonstram, com clareza, que o agravante efetivamente preenche os requisitos necessários ao regime semiaberto. Mas a argumentação constante da decisão recorrida também demanda complementação.

Portanto, no cenário atual, diante do caso concreto, necessária a avaliação pessoal do sentenciado, para verificação da presença, ou não, dos requisitos subjetivos necessários à progressão.

Pela leitura acima, verifica-se que para a autoridade coatora, o magistrado singular, por julgar já ter elementos concretos suficientes, dados esses baseados tão somente no cálculo objetivo de penas e no atestado de bom comportamento carcerário, houve por bem conceder o benefício da progressão.

De fato, assim procedeu, como se pode observar pelo seguinte texto da decisão iniciante (e-STJ fl. 30):

Implementado o requisito temporal e comprovado bom comportamento carcerário, é de deferir-se a progressão, consoante nova redação dada ao art. 11 da LEP pela Lei nº 10.792/03. Assim, mesmo após a edição da referida Lei, a individualização da pena continua a ser respeitada, sendo que a conduta carcerária de cada apenado é que pautará a concessão dos benefícios previstos em Lei.

[...] Deve ser concedida a progressão ao regime prisional semiaberto ao sentenciado que cumpre a fração de 1/6 da pena e tem boa conduta, pois o importante mesmo é a apuração da conduta prisional do condenado e a verificação do exercício de atividades socializantes praticadas por ele, sendo certo que, na modalidade intermediária, continuará cumprindo a sanção mais estimulado a demonstrar aptidão para a vida futura em sociedade que no sistema fechado.

Tem-se como requisito subjetivo à progressão de regime o bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (fls. 20).

Por fim, o requisito objetivo foi preenchido, conforme cálculo de benefícios elaborado a fls. 113 do apenso de roteiro de penas.

No entanto, deixou o Juízo de apresentar outros elementos concretos da execução, como as faltas disciplinares e crimes praticados pelo apenado, porque, para uma boa avaliação do critério subjetivo, não basta o atestado de pena. O comportamento deve ser analisado por um conjunto de fatores.

Já o Tribunal, por sua vez, como se pode ver acima, considerou que o paciente conta com 5 prisões em flagrante, além de um descumprimento de livramento condicional.

De fato, a folha de antecedentes do executado é extensa, podendo-se observar que ele cometeu outros delitos no decorrer do cumprimento de sua pena (e-STJ fls. 40/45).

Com efeito, segundo jurisprudência consagrada por esta Superior Corte de Justiça, o cometimento de delitos no curso da execução penal acarreta ausência de requisito subjetivo para progressão de regime.

Por fim, registre-se que é firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de *habeas corpus*, desconstituir a conclusão a que chegou a instância ordinária anterior sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica no reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

Nessa linha de entendimento, colaciono, a título exemplificativo, os seguintes arestos, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE MÉRITO. ANÁLISE DO HISTÓRICO CARCERÁRIO. PRÁTICA DE DIVERSAS FALTAS GRAVES DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA. INCURSÃO AMPLA E PROFUNDA NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, o magistrado, ao analisar o pedido de progressão de regime, deve considerar os fatos ocorridos durante o desconto da pena corporal para avaliar o preenchimento do requisito subjetivo.

2. O acórdão estadual, a partir da análise do histórico carcerário do paciente, concluiu que o agravante não assimilou a terapêutica penal, destacando as diversas faltas disciplinares praticadas durante a execução da pena. A alteração da conclusão alcançada pelo acórdão combatido, no caso, não dispensa uma profunda incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite na estreita via do habeas corpus.

3. Recurso a que se nega provimento.

(AgRg no HC 390.290/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. SÚMULA 439/STJ E SÚMULA VINCULANTE 26/STF. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. HISTÓRICO PRISIONAL. FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS 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 - 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 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. Súmula 439/STJ e Súmula Vinculante 26.

III - In casu, o eg. Tribunal de origem determinou a realização do exame criminológico para aferir o mérito à progressão do regime prisional com base em elementos concretos, a saber, no conturbado histórico prisional do apenado, que teria cometido a última falta grave em 15/3/2013 (posse de aparelho celular).

IV - Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no v. acórdão combatido tendo em vista as peculiaridades do caso concreto que justificam a submissão do apenado ao exame criminológico a fim de se aferir o preenchimento do requisito subjetivo. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 372.600/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 18/04/2017)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL INDEFERIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT DENEGADO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo da execução, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo.

2. No caso, as instâncias ordinárias indeferiram o pedido de progressão ao regime semiaberto, considerando, além da gravidade concreta dos crimes praticados e o montante de pena a cumprir, o histórico de 3 (três) faltas disciplinares de natureza grave, "inclusive a prática de novos delitos após a soltura em cumprimento de pena", o que, consoante observado pelo Juízo da Execução, evidencia "a ausência de senso de responsabilidade e a inadequação à terapêutica penal aplicada".

3. Ressalte-se, ainda, que o afastamento dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias quanto ao mérito subjetivo do paciente demandaria o reexame de matéria fático-probatória, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus.

4. Ordem denegada.

(HC 392.878/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

Assim, não ficou configurada flagrante ilegalidade, hábil a ocasionar o deferimento, de ofício, da ordem postulada.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus*.

Superior Tribunal de Justiça

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator