

HABEAS CORPUS Nº 481.613 - SP (2018/0319945-9)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA SANTOS KUNTZ E OUTROS
ADVOGADOS : LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA SANTOS KUNTZ - SP307123
LUIZ CHRISTIANO GOMES DOS REIS KUNTZ - SP049806
JORGE FELIPE OLIVEIRA DA SILVA - SP401669
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO ROSSATO COMITRE

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA PELO JUÍZO SINGULAR. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*, EM SEDE DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LONGEVIDADE DA PENA E GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Gustavo Rossato Comitre** - condenado à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incuso no art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal -, apontando-se como autoridade coatora a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao agravo em execução penal n. 0009243-76.2016.8.26.0496 interposto pelo Ministério Público para, cassada a decisão de primeiro grau, determinar a realização do exame criminológico, mantendo-se a decisão impugnada a título de cautelar até a reapreciação do tema na primeira instância, que se fará depois da elaboração da referida perícia (fls. 16/21). Eis a ementa (fl. 17):

Agravo em execução - Impugnação a decisão que concedeu progressão no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A gravidade da conduta criminosa e o tempo de pena a cumprir também influem na decisão sobre a progressão no regime de cumprimento da pena de reclusão. - Hipótese em que o benefício foi concedido sem prova bastante do preparo do preso.

Recurso provido, com observação.

Sobreveio o presente *writ*, no qual os impetrantes sustentam, em síntese, que

(fls. 8/12):

[...] a r. decisão exarada pela d. Autoridade Coatora, nos moldes em que lançada, além de violar aludido princípio, viola frontalmente o entendimento sedimentado neste Col. Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, vez que condiciona a progressão ao regime de cumprimento mais brando da pena a realização do exame criminológico de forma indiscriminada [...].

[...] é clarividente que a *mens legislatoris* da Lei Federal 10.792/2003 (que reformou sobrejamente a redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal), foi a de tornar facultativa a realização do exame criminológico, para que o magistrado da execução, caso entenda que seja necessária a aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado, determine a sua realização, de maneira fundamentada, com a indicação dos motivos pelos quais, considerando as circunstâncias do caso concreto, a sua realização seja necessária.

Neste sentido, é salutar que a r. decisão indigitada em momento algum se ateve as peculiaridades do caso concreto, pautando-se, apenas e tão somente, na gravidade em abstrato do delito pelo qual o Paciente fora condenado.

[...]

Assim sendo, o r. acórdão que cassou a decisão que determinou a progressão do Paciente ao regime semiaberto não deve subsistir, na medida em que a execução da pena deve ser pautada pelo princípio da legalidade, haja vista que se restarem preenchidos os requisitos previstos em lei, o que bem se verifica no caso vertente, é de rigor o deferimento do benefício pleiteado.

[...] diante do preenchimento de todos os requisitos objetivos e subjetivos previstos na Lei de Execução Penal, a manutenção do benefício concedido ao Paciente revela-se medida imperiosa, haja vista que a legislação em comento não prevê a obrigatoriedade do exame criminológico, não constituindo, portanto, etapa obrigatória para a concessão de referida benesse.

Por fim, a determinação posta no ato coator se mostra temerária também em razão do enorme lapso temporal - **quase 2 (dois) anos** - transcorrido entre a prolação da r. decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto e o julgamento do aludido recurso, vez que o reclamo em comento atacou a decisão de progressão ao regime semiaberto, hoje o Paciente já cumpre pena no regime aberto, assim a cassação da referida decisão se mostra um flagrante retrocesso em claro desrespeito a segurança jurídica.

Requer, assim (fls. 14/15):

(i) em caráter liminar, reforma da r. decisão que determinou a realização do exame criminológico pelo Paciente e a imediata manutenção do Reeducando no regime de cumprimento de pena aberto.

(ii) seja concedida a presente ordem de *habeas corpus*, a fim de sanar integralmente a ilegalidade apontada, com a confirmação da medida liminar pleiteada visando a concessão do regime aberto de cumprimento de pena concedido ao Paciente, vez que restou clarividente o cumprimento de todos os requisitos objetivos e subjetivos estatuídos no artigo 112 da Lei de Execução Penal [...].

Em 27/11/2018, deferi a liminar, sob estas razões (fls. 75/79):

A liminar merece ser deferida.

Conforme se observa dos autos, em 23/11/2016, o magistrado singular deferiu a progressão do sentenciado ao regime semiaberto, por entender presentes os requisitos objetivo e subjetivo, nestes termos (Processo n. 0008676-45.2016.8.26.0496 - fls. 56/57 - grifo nosso):

Trata-se de expediente requisitado pelo Juízo para fins de análise de progressão prisional em favor do (a) sentenciado (a) GUSTAVO ROSSATO COMITRE qualificado (a) nos autos.

O Ministério Público requereu a retificação do cálculo de penas, bem como a realização de exame criminológico.

Relatados, fundamento e DECIDO.

Primeiramente, destaco que, não há qualquer retificação a ser feita no cálculo de penas tendo em vista que a data do fato em questão (16 de outubro de 2004) é anterior a vigência da Lei nº 11.464/07.

No mais, em que pese a manifestação Ministerial, o exame criminológico deixou de ser exigência para deferimento de benefício, a partir da nova redação dada ao artigo 112 da LEP pela Lei 10.792/03, sendo facultado ao Juiz excepcionalmente a determinação, desde que devidamente fundamentada, não havendo, *in casu*, elementos suficientes, porquanto a gravidade do crime, por si só, não serve de fundamento para decisões em sede de execução criminal.

Assim, pelos elementos constantes dos autos, o sentenciado (a) já cumpriu lapso necessário para a concessão do benefício, bem como possui bom comportamento carcerário.

Isto posto, presentes os requisitos legais, **CONCEDO-LHE a progressão para o regime semiaberto**, para cumprimento da reprimenda remanescente.

Em 26/7/2018, o juiz de piso deferiu, ainda, o benefício da progressão ao regime aberto e em seguida concedendo a prisão albergue domiciliar, sob estes fundamentos (Processo n. 0008676-45.2016.8.26.0496 - fls. 49/50):

Trata-se de pedido de progressão ao regime aberto. O Ministério Público opinou contrariamente à concessão do benefício e pede realização de exame criminológico.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O pedido é **procedente**.

O lapso temporal exigido foi resgatado e existe anotação de bom comportamento carcerário.

Por outro lado, as demais informações constantes dos autos indicam que o sentenciado também ostenta o requisito subjetivo para o benefício, inclusive em razão da boa conduta carcerária atual e da inexistência de falta disciplinar. Além disso, o "boletim informativo" emitido pela unidade prisional não foi impugnado pelo Ministério Público. Apresenta mérito suficiente para a progressão de regime, que lhe dará estímulo para a sua recuperação social.

Ademais, por tudo que foi exposto, também não há necessidade da realização de exame criminológico, não tendo sido apontado nenhum motivo concreto recente que justificasse a realização de tal exame, conforme critérios previstos na Súmula Vinculante 26 do STF.

Desta forma, não vejo argumentos para o indeferimento do pleito.

Em face do exposto, **DEFIRO** o pedido de regime aberto e em seguida **CONCEDO** a Prisão Albergue Domiciliar, mediante a observância às seguintes condições:

01 - Comparecer, no prazo de 30 dias, no Juízo da Execução Criminal do local que declarar residência para retirada da carteira para fiscalização e controle do benefício concedido.

02 - Tomar ocupação lícita no prazo de 90 (noventa) dias, comprovando-a em Juízo ou Central de Apoio ao Egresso, se houver na Comarca, bem como apresentar no mesmo prazo, comprovante de residência;

03 - Não mudar do território da Comarca do Juízo da Execução sem autorização deste;

04 - Sair para o trabalho às 6:00 h da manhã, devendo recolher-se na habitação até às 22h00, salvo autorização expressa do Juízo da execução;

05 - Comparecimento **TRIMESTRAL** no Juízo do domicílio que declarar residência ou Central de Apoio ao Egresso, se houver na Comarca, para o visto na carteira de liberado;

06 - Não frequentar bares, boates, casas de jogos, parques de diversão e locais de reputação duvidosa;

07 - Não portar armas de qualquer espécie ou qualquer objeto capaz de ofender a integridade física humana.

08 - Caso venha a fixar residência em local onde exista Casa do Egresso, nela comparecer no prazo de 30 (trinta) dias.

09 - Caso venha a fixar residência em São Paulo-Capital, comparecer ao Ofício da 3ª Vara de Execuções Criminais de São Paulo, no **Cartório de Liberados**, Rua 11, Sala 544, 2º andar, do Complexo Judiciário da Barra Funda (NSCGJ, cap. V, 30.1, "f").

10 - As autorizações para viagens, comunicação de mudança de endereço deverão ser solicitadas através de peticionamento eletrônico pela Defensora Pública ou Defensor Constituído junto ao DEECRIM.

O Tribunal de origem, por sua vez, ao cassar a benesse, em **8/11/2018**, ou seja, 2 anos após a concessão ao regime semiaberto, fê-lo sob estas razões (fls. 17/20 - grifo nosso):

II - Com respeito ao requisito de caráter temporal, o tema foi enfrentado com superioridade no parecer da Ilustrada Procuradoria de Justiça de fls. 29/30: "Como se sabe, a possibilidade de progressão de regime para autor de crimes hediondos, só surgiu com a Lei nº 11.464, de 28.3.2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/90, e a previu após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o sentenciado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Sendo assim, toda a polêmica consiste em saber se aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, por fatos cometidos antes da lei n. 11.464/07, aplicam-se os novos prazos previstos para a progressão de regime ou prevalece, nessas hipóteses, as regras gerais da Lei das Execuções Penais (art. 112). Esse tema, entretanto, que foi controvérsia um dia, hoje, bem ou mal, é matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, através da súmula nº 471, *in verbis*: "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para progressão de regime prisional", perfeitamente aplicável ao caso dos autos em que o sentenciado

praticou o latrocínio tentado em 16 de outubro de 2004 (cf. fls. 08). E o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar um Recurso Extraordinário (RE 579167) com repercussão geral, confirmou que a exigência de cumprimento de um sexto da pena para a progressão de regime se aplica aos crimes hediondos praticados antes da vigência da Lei 11.464/2007".

III - O exame dos presentes autos não permite afirmar, com a certeza que a importância da decisão pretendida impõe, que está satisfeito o requisito de natureza subjetiva necessário ao pedido de progressão no regime da pena de reclusão.

Com efeito, porque a liberdade é a regra, a fixação de pena que a restringe tem o significado da inaptidão, naquele instante, para seu exercício. Isso porque naquele momento fez-se exame do caso concreto à luz do escopo da pena (de punir, de ressocializar e de proteger a sociedade, afastando de seu convívio aquele cuja periculosidade a coloca em risco). A seu turno, a quantificação da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal, reflete considerações acerca da conduta e da personalidade do agente, o que não pode ser ignorado pelo juízo da execução.

A lei previu um lapso temporal mínimo de cumprimento da pena antes da concessão da progressão no regime prisional, o que significa dizer que passado o período mínimo da lei poder-se-á conceder esse benefício, caso fique provada a evolução tamanha que o justifique. Incumbe, portanto, ao condenado demonstrar que reúne condições para a progressão no regime de pena, pois esse mérito não decorre do simples passar do tempo. Não basta o mero cumprimento do requisito objetivo, que todos satisfarão um dia porque o tempo não para, sendo também necessário o do requisito subjetivo, a conformidade da personalidade à obtenção da antecipada redução do rigor da pena.

Repita-se, ao condenado, para quem o título executivo vigente reconheceu a necessidade do cumprimento da pena privativa da liberdade em determinado regime, incumbe o ônus de demonstrar que o tempo de sanção já cumprida foi efetivamente eficaz e o colocou em grado de obter a progressão. Sem que satisfaça esse imperativo do próprio interesse não será possível auferir regime mais liberal. Nessa linha já decidiu este Tribunal de Justiça: *"em situação como a da espécie, não é a sociedade que deve dar uma oportunidade ao sentenciado, mas este sim, é que deve dar à sociedade a certeza de que está subjetivamente se redimindo dos atos ilícitos praticados, para ter méritos pessoais a uma situação prisional mais favorável"* (Agravado em execução nº 216.346-3/0, relator Raul Motta).

E quanto mais grave for a conduta ensejadora da pena inicial, maior rigor caberá ao juiz da execução na avaliação da prova realizada pelo executado, de transformação para melhor em sua personalidade. Como a gravidade da empreitada criminosa (e, conseqüentemente, a periculosidade de seu agente) reflete-se na sanção dela decorrente, fica explicada a importância do tempo da pena no julgamento do pedido de progressão no regime de pena.

IV - Na 1ª instância considerou-se satisfeito o mérito à progressão de regime em face do atestado de bom comportamento carcerário. Todavia, assiste razão ao agravante no observar que essa prova, em especial pela superficialidade que se apresenta, é insuficiente para justificar a alteração do regime prisional decidido em processo de conhecimento, em especial à vista do crime perpetrado (latrocínio tentado) que ensejou a fixação de expressiva pena (ainda com considerável tempo a ser cumprida - até 2028). Por isso o recurso bem

identificou a insuficiência da prova colhida nestes autos para permitir segura progressão no regime da pena privativa da liberdade.

Impõe-se considerar, contudo, que a progressão ocorreu há quase dois anos, estabilizando-se a situação criada pela decisão agravada, o que recomenda que nova alteração do regime prisional só ocorra após a obtenção de melhores esclarecimentos fáticos.

O tempo, portanto, consolidou a situação criada pela decisão agravada e, conseqüentemente, precipitada alteração acarretaria instabilidade jurídica indesejável. Nessa linha, aliás, já decidiu esta Câmara no Agravo em Execução nº 889.037.3/3, dentre outros.

Essa mesma orientação, observe-se, foi adotada por esta Corte inclusive em outras áreas do direito: [...].

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão e determinar a realização do exame criminológico, mantendo-se a decisão impugnada a título de cautelar até a reapreciação do tema na primeira instância, que se fará depois da elaboração da referida perícia.

Como se verifica, a cassação da benesse fundou-se exclusivamente na gravidade abstrata do delito e no *quantum da* pena a ser cumprida, **sem que fosse indicado qualquer dado concreto e específico referente à execução que justificasse a sua necessidade**. É inidôneo, *ao que parece*, nessa fase de cognição sumária, o fundamento utilizado pelo Tribunal *a quo* para negar a benesse, especialmente constatado o fato de que o ora paciente já se encontra em gozo da respectiva progressão a 2 anos, sem qualquer intercorrência negativa.

À conta de tais considerações, **defiro** a liminar para restabelecer a decisão de primeira instância que deferiu o regime prisional aberto ao ora paciente, até o julgamento de mérito do presente *writ*.

Comunique-se com urgência.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo da Vara de Execuções Criminais competente e, com estas, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Após, devolvam-se os autos.

Publique-se.

Prestadas as informações (fls. 86/101 e 106/118), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício (fl. 120):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO REMÉDIO HEROICO. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

- A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o *habeas corpus* não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

- "*Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde*

que em decisão motivada". (Enunciado nº 439 da Súmula do STJ).

- *In casu*, o Tribunal de origem cassou a decisão do Juízo das Execuções Penais, determinando nova apreciação do pleito de progressão de regime após a realização de exame criminológico, sem apontar nenhum elemento concreto que comprovasse o demérito do paciente, amparando-se tão somente na gravidade abstrata do delito e na longa pena a cumprir.

- Parecer pelo **não conhecimento** do writ e pela **concessão da ordem de ofício**.

É o relatório.

A questão posta em discussão diz respeito à ilegalidade na cassação do benefício de progressão de regime prisional pelo Tribunal de origem.

Aos fundamentos já explicitados por ocasião do exame do pleito liminar (fls. 73/79), trago a lume, diante da precisão dos argumentos utilizados pelo *Parquet*, a fundamentação delineada no parecer, que **adoto como razões de decidir**, na parte em que interessa (fls. 122/126 – grifo nosso): .

[...] compulsando o acórdão vergastado, **verifica-se a existência de flagrante ilegalidade** apta a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus* por esta Corte Superior.

Com efeito, há muito "*este Superior Tribunal de Justiça, quanto à necessidade de exame criminológico para o fim de concessão de livramento condicional ou progressão de regime prisional, pacificou o entendimento de que, apesar de ter sido retirada do texto legal a exigência expressa de realização do referido exame, a legislação de regência não impede que, diante do caso concreto, o Julgador possa se valer desse instrumento para formar a sua convicção, como meio de justificar sua decisão sobre o pedido*" (HC 121.615/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 3/8/2009).

Ademais, tal entendimento encontra-se sedimentado na Súmula nº 439, segundo a qual: "*Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada*". (grifos acrescidos)

Contudo, *in casu*, o Tribunal *a quo*, ao determinar a realização de exame criminológico, não logrou demonstrar, fundamentadamente, o motivo pelo qual a realização do referido exame era concretamente necessária, limitando-se a dispor acerca da gravidade do delito e da longa pena a cumprir, consoante se confere do excerto a seguir colacionado:

III - O exame dos presentes autos não permite afirmar, com a certeza que a importância da decisão pretendida impõe, que está satisfeito o requisito de natureza subjetiva necessário ao pedido de progressão no regime da pena de reclusão.

Com efeito, porque a liberdade é a regra, a fixação de pena que a restringe tem o significado da inaptidão, naquele instante, para seu exercício. Isso porque naquele momento fez-se exame do caso concreto à

luz do escopo da pena (de punir, de ressocializar e de proteger a sociedade, afastando de seu convívio aquele cuja periculosidade a coloca em risco). A seu turno, a quantificação da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal, reflete considerações acerca da conduta e da personalidade do agente, o que não pode ser ignorado pelo juízo da execução.

A lei previu um lapso temporal mínimo de cumprimento da pena antes da concessão da progressão no regime prisional, o que significa dizer que passado o período mínimo da lei poder-se-á conceder esse benefício, caso fique provada evolução tamanha que o justifique. Incumbe, portanto, ao condenado demonstrar que reúne condições para a progressão no regime de pena, pois esse mérito não decorre do simples passar do tempo. Não basta o mero cumprimento do requisito objetivo, que todos satisfarão um dia porque o tempo não para, sendo também necessário o do requisito subjetivo, a conformidade da personalidade à obtenção da antecipada redução do rigor da pena.

Repita-se, ao condenado, para quem o título executivo vigente reconheceu a necessidade do cumprimento da pena privativa da liberdade em determinado regime, incumbe o ônus de demonstrar que o tempo de sanção já cumprida foi efetivamente eficaz e o colocou em grado de obter a progressão. Sem que satisfaça esse imperativo do próprio interesse não será possível auferir regime mais liberal. Nessa linha já decidiu este Tribunal de Justiça: 'em situação como a da espécie, não é a sociedade que deve dar uma oportunidade ao sentenciado, mas este sim, é que deve dar uma oportunidade ao sentenciado, mas este sim, é que deve dar à sociedade a certeza de que está subjetivamente se redimindo dos atos ilícitos praticados, para ter méritos pessoais a uma situação prisional mais favorável' (Agravado em execução nº 216.346-3/0, relator Raul Motta).

E quanto mais grave for a conduta ensejadora da pena inicial, maior rigor caberá ao juiz da execução na avaliação da prova realizada pelo executado, de transformação para melhor em sua personalidade. Como a gravidade da empreitada criminosa (e, conseqüentemente, a periculosidade de seu agente) reflete-se na sanção dela decorrente, fica explicada a importância do tempo da pena no julgamento do pedido de progressão no regime de pena.

IV - Na 1ª instância considerou-se satisfeito o mérito à progressão de regime em face do atestado de bom comportamento carcerário. Todavia, assiste razão ao agravante no observar que essa prova, em especial pela superficialidade que se apresenta, é insuficiente para justificar a alteração do regime prisional decidido em processo de conhecimento, em especial à vista do crime perpetrado (latrocínio tentado) que ensejou a fixação de expressiva pena (ainda com considerável tempo a ser cumprida até 2028). Por isso o recurso bem identificou a insuficiência da prova colhida nestes autos para permitir segura progressão no regime da pena privativa da liberdade.

Impõe-se considerar, contudo, que a progressão ocorreu há quase dois anos, estabilizando-se a situação criada pela decisão agravada, o que recomenda que nova alteração do regime prisional só ocorra após a obtenção de melhores esclarecimentos fáticos.

O tempo, portanto, consolidou a situação criada pela decisão

agravada e, conseqüentemente, precipitada alteração acarretaria instabilidade jurídica indesejável.

Nessa linha, aliás, já decidiu esta Câmara no Agravo em Execução nº 889.037.3/3, dentre outros.

[...]

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para cassar a decisão e determinar a realização do exame criminológico, mantendo-se a decisão impugnada a título de cautelar até a reapreciação do tema na primeira instância, que se fará depois da elaboração da referida perícia". (fls. 18/20. Grifo nosso)

Mostra-se, portanto, ausente fundamento concreto apto a justificar a realização do exame criminológico, tendo tal exigência se lastreado tão somente na gravidade abstrata do delito, bem como na longa pena a cumprir.

Ora, segundo pacífica jurisprudência dessa Corte Superior, a gravidade abstrata do crime praticado não constitui fundamento idôneo para justificar a realização de exame criminológico, devendo a decisão ser fundamentada em elementos concretos ocorridos durante o cumprimento da pena. Nesse sentido os seguintes julgados:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. DETERMINAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. GRAVIDADE DO DELITO PRATICADO E LONGA PENA A CUMPRIR. 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. Fatores relacionados ao crime praticado são determinantes da pena aplicada, mas não justificam diferenciado tratamento para a progressão de regime, de modo que o exame criminológico somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal (HC 323553/SP, SEXTA TURMA, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015).

4. *In casu*, o Juízo das Execuções, determinou a realização de exame criminológico sem a devida fundamentação, pois baseada na gravidade do delito praticado (homicídio qualificado) e na longa pena a cumprir pelo paciente (14 anos, 1 mês e 26 dias de reclusão).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o pedido de progressão de regime prisional formulado em favor do paciente seja examinado pelo Juízo de 1º grau sem a necessidade de realização do exame criminológico. (HC 469.233/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA EM 1º GRAU. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO*. GRAVIDADE DO DELITO. REQUISITO SUBJETIVO. EXAME CRIMINOLÓGICO. EXIGÊNCIA. FUNDAMENTO INVÁLIDO. JUSTIFICATIVA COM BASE, APENAS, EM FATOS OCORRIDOS DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da Súmula 439/STJ, consolidou-se o entendimento de que, para a análise do pedido de progressão de regime, admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

2. Cumpre ao julgador verificar, em cada caso, acerca da necessidade, ou não, do exame criminológico, podendo dispensar a perícia ou, ao contrário, determinar a sua realização, desde que mediante decisão concretamente fundamentada na conduta do apenado no decorrer da execução.

3. A mera alusão à gravidade dos delitos praticados pela agravada – tráfico e associação para o tráfico – não é suficiente para justificar a exigência da perícia, que somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal, o que não se verificou na espécie.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 410.976/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017)

Sob esta moldura, à vista dos precedentes desta Corte Superior e acolhendo o parecer ministerial, **concedo** a ordem a fim de cassar o acórdão impugnado, restabelecendo, por consequência, a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais competente, que concedeu o benefício da progressão de regime ao sentenciado **Gustavo Rossato Comitre** (PEC n. 0008676-45.2016.8.26.0496), ratificada a liminar anteriormente deferida.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator