

**HABEAS CORPUS Nº 538.127 - SP (2019/0301651-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : JOSE RICARDO SOLER DOS SANTOS  
**ADVOGADO** : JOSÉ RICARDO SOLER DOS SANTOS - SP394629  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LEANDRO HENRIQUE RODRIGUES (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 **LEANDRO HENRIQUE RODRIGUES**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o d. Juízo das Execuções indeferiu o pleito do paciente de concessão de livramento condicional.

Irresignada, a Defesa ajuizou o prévio **writ** perante o eg. Tribunal de origem, que concedeu parcialmente a ordem, conforme v. acórdão de fls. 34-38 assim ementado:

*"HABEAS CORPUS - LIVRAMENTO CONDICIONAL - INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO - LAPSO OBJETIVO CUMPRIDO - AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - DÚVIDA SOBRE A CONDIÇÃO PESSOAL DO SENTENCIADO PARA A BENESSE - EXAME CRIMINOLÓGICO - NECESSIDADE.*  
*ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA."*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 41-44).

No presente **habeas corpus**, afirma que, *"não existe qualquer previsão no ordenamento jurídico que condicione a análise do pedido de livramento condicional com a saída temporária. Ademais, o crime praticado pelo Paciente foi cometido sem violência ou grave ameaça"* (fl. 5).

Alega que, *"para a concessão de livramento condicional, é*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*necessária a análise das condições do caso concreto. Acontece que, embora preenchido e reconhecido os requisitos legais para a concessão do livramento condicional o magistrado criou um novo requisito indeferindo o pleito. E mais absurdamente, o TJSP inovou em uma clara reformatio in pejus ao solicitar de ofício a avaliação criminológica" (fl. 7).*

*Aduz que "o Tribunal de Justiça requer a realização do exame sem qualquer fundamento, sequer mencionar sequer circunstâncias relacionadas ao próprio crime pelo qual o Paciente foi condenado" (fl. 9).*

Requer, ao final, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, *"para cassar o venerável acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo" (fl. 11).*

O pedido liminar foi **indeferido** (fls. 47-49).

Informações prestadas às fls. 53-55 e 60-71.

O Ministério Público Federal, às fls. 73-77, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem de ofício, em parecer com a seguinte ementa:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. LIVRAMENTO CONDICIONAL E PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO FUNDADO NA GRAVIDADE DO DELITO E NA LONGA PENA A CUMPRIR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO <sup>1</sup> 439 DA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO."*

**É o relatório.**

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que,

configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso ordinário.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Destaco, inicialmente, que com as inovações trazidas pela Lei n. 10.792/2003, alterando a redação do art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (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 fundamentada.

Consolidando esse entendimento, este Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular de n. 439, segundo o qual: ***"Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada."***

Não bastasse, o eg. Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, editou a **Súmula Vinculante n. 26, in verbis**:

*"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."*

Assim, forçoso reconhecer a possibilidade de determinar-se a

realização do exame criminológico ou sua complementação, quando as peculiaridades do caso o recomendarem, e em decisão adequadamente motivada.

O eg. Tribunal de origem, ao manter a decisão do d. Juízo de 1º Grau, assim fundamentou a necessidade de realização de exame criminológico, **verbis** (fls. 37-38 - grifei):

*"Conforme documento de fls. 07, o paciente viu sua pretensão ser indeferida por ausência do requisito subjetivo, nos seguintes termos:*

*"(...) Com efeito, muito embora presente o requisito objetivo, ainda não demonstra méritos suficientes para retornar à sociedade.*

*Em que pese a atual boa conduta do apenado, fora progredido recentemente ao regime semiaberto, estando no aguardo de sua remoção, devendo vivenciar por maior período o regime intermediário.*

*Assim, não cabe – por ora o livramento condicional, pois recomendável ao postulante vivenciar por maior período o regime intermediário, inclusive usufruir de saídas temporárias, com prova de que irá absorver a terapia penal para, posteriormente, fazer jus à liberdade condicional.*

*Isto porque o sentenciado deverá demonstrar que conseguiu desenvolver senso de responsabilidade para sua autocontenção diante das frustrações normais da vida em regime mais brando (semiaberto) e assim frear os seus instintos primitivos para suportar as regras da vida sem vigilância (...)."*

*Pois bem. A decisão atacada não faz menção ao cometimento de faltas disciplinares, apenas destaca a necessidade de o paciente permanecer maior período em regime semiaberto para posterior avaliação de seu mérito para a concessão do almejado benefício.*

*Com efeito, o argumento utilizado pelo Juízo "a quo" não pode servir de fundamentação para obstar o livramento condicional, porquanto não contemplado pela legislação vigente.*

*Destarte, afigura-se necessário verificar-se a cessação da periculosidade do paciente, o que deve ser apurado através do exame criminológico, que irá resguardar o interesse social.*

*Preferível, então, que permaneça o sentenciado por mais algum período no regime intermediário, até a realização do exame criminológico, de modo a se poder avaliar sua possível recuperação a ponto de autorizar abrandamento da forma de cumprimento da pena.*

*Diante do exposto, concede-se parcialmente a presente ordem para que o sentenciado seja submetido a exame criminológico e após, o douto Magistrado avalie, em face do exame, a aptidão do sentenciado para a*

*obtenção da pretendida benesse."*

A decisão do d. Juízo da Vara das Execuções sequer menciona elementos observados no curso da execução da pena, apenas afirma ser *"recomendável ao postulante vivenciar por maior período o regime intermediário, inclusive usufruir de saídas temporárias, com prova de que irá absorver a terapia penal para, posteriormente, fazer jus à liberdade condicional"*, bem como que *"o sentenciado deverá demonstrar que conseguiu desenvolver senso de responsabilidade para sua autocontenção diante das frustrações normais da vida em regime mais brando (semiaberto) e assim frear os seus instintos primitivos para suportar as regras da vida sem vigilância"* (fl. 37).

E o eg. Tribunal **a quo**, por sua vez, ao conceder a ordem no **habeas corpus** apenas para que o sentenciado fosse submetido a exame criminológico, refutou os fundamentos da decisão do d. Juízo de 1º grau que havia negado o benefício ao paciente, mas determinou a sua submissão ao exame criminológico, **sem, contudo, trazer qualquer fundamentação** para tanto, apenas mencionando que *"afigura-se necessário verificar-se a cessação da periculosidade do paciente, o que deve ser apurado através do exame criminológico"*, assim como que é *"preferível, então, que permaneça o sentenciado por mais algum período no regime intermediário, até a realização do exame criminológico, de modo a se poder avaliar sua possível recuperação a ponto de autorizar abrandamento da forma de cumprimento da pena"* (fl. 38).

Vislumbra-se, portanto, que os argumentos utilizados pelas instâncias ordinárias não se mostram idôneos para afastar a presença do requisito subjetivo e determinar a realização do exame criminológico. Para tanto, **o julgador deve indicar elementos concretos, extraídos da execução da pena**, consoante entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, nos termos dos seguintes julgados que trago à colação:

**"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

**HABEAS CORPUS CONCEDIDO.**

1. A teor dos precedentes deste Superior Tribunal, ao indeferir a progressão de regime prisional por inadimplemento do requisito subjetivo, o julgador deve mencionar elementos desabonadores relacionados ao histórico carcerário do apenado.

2. A gravidade abstrata dos crimes objeto da execução penal, a longa pena a cumprir e a existência de faltas graves cometidas há muito tempo, a princípio, não constituem fundamento idôneo para cassar a progressão ao regime semiaberto concedida pelo Juízo de primeiro grau.

**3. O Tribunal de Justiça pode discordar, de forma motivada, do resultado favorável de exame criminológico, pois não está adstrito à opinião dos especialistas. Contudo, os trechos de avaliação psicológica e de exame de personalidade, transcritos no acórdão, não evidenciam impeditivo para a gradativa reinserção do apenado, que já cumpre pena no regime semiaberto há mais de um ano, sem nenhum relato desabonador de sua conduta, inclusive com submissão a novo exame criminológico, favorável à sua inserção em regime aberto.**

4. A realidade dos internos do sistema penitenciário nacional que, comumente, são associados a facções, sem individualizada participação do paciente nas ações de grupo criminoso, não pode justificar o cumprimento da integralidade da pena em regime fechado.

5. Habeas corpus concedido para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções" (HC n. 417.318/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 16/10/2017, grifei).

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO CONCRETA DA DECISÃO QUE DETERMINA SUA REALIZAÇÃO COMO CONDIÇÃO À PROGRESSÃO. SÚMULA N. 439 DO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Para fins de progressão de regime, a determinação de prévio exame criminológico, para avaliação do requisito subjetivo do apenado, não foi abolida pelo art. 112 da

*Lei de Execução Penal - LEP, alterado pela Lei n. 10.792/2003, sendo permitida sua realização, desde que haja fundamentação concreta a demonstrar a efetiva necessidade da perícia. Entendimento da Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.*

**3. A gravidade abstrata do delito praticado e a longevidade da pena a cumprir não se prestam, por si sós, como fundamentos para determinar a realização do exame criminológico, tendo em vista que a exigência da perícia técnica deve se fundamentar em elementos concretos, constante da execução da pena, que atestem o demérito do sentenciado.**

*Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão monocrática que concedeu ao paciente a progressão ao regime semiaberto" (HC n. 402.059/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 24/8/2017, grifei).*

**"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO CARCERÁRIA. TRIBUNAL QUE INDEFERE O BENEFÍCIO E DETERMINA A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO COM BASE NA QUANTUM DA PENA E NATUREZA DOS CRIMES. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS PRATICADOS E LONGEVIDADE DA PENA QUE NÃO SE PRESTAM A AFASTAR A IMPLEMENTAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.**

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

**2. Não obstante a gravidade dos delitos praticados pelo paciente, a progressão de regime lhe foi afastada pelo Tribunal de origem com base em fundamentos inidôneos, consubstanciados apenas na quantidade de pena a cumprir e na natureza dos crimes. Precedentes.**

*3. Diante do flagrante constrangimento ilegal, faz-se imperiosa a concessão da ordem de habeas corpus de ofício para restabelecer a decisão singular que deferiu ao paciente a progressão de regime.*

*4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 328.490/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 26/4/2017, grifei).*

**"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL.**

**PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS E LONGA PENA A CUMPRIR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.**

1. Nos termos do que dispõe o art. 122 da Lei de Execuções Penais, o apenado deverá cumprir os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (atestado de bom comportamento carcerário) para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

2. No caso, todavia, as instâncias ordinárias ao indeferirem o pleito de progressão de regime não lograram fundamentar a negativa, deixando de invocar elementos concretos, levando em conta apenas a gravidade dos delitos praticados e a longa pena a cumprir, desconsiderando, ainda, a boa conduta carcerária do paciente.

3. Ordem concedida para determinar ao Juízo da execução que examine o preenchimento dos requisitos necessários à progressão de regime, à luz dos elementos extraídos somente da execução" (HC n. 417.766/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Antônio Saldanha Palheiro**, DJe de 14/11/2017).

**"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.**

1. A teor dos precedentes deste Superior Tribunal, ao indeferir a progressão de regime prisional por inadimplemento do requisito subjetivo, o julgador deve mencionar elementos desabonadores relacionados ao histórico carcerário do apenado.

2. A gravidade abstrata dos crimes objeto da execução penal, a longa pena a cumprir e a existência de faltas graves cometidas há muito tempo, a princípio, não constituem fundamento idôneo para cassar a progressão ao regime semiaberto concedida pelo Juízo de primeiro grau.

3. O Tribunal de Justiça pode discordar, de forma motivada, do resultado favorável de exame criminológico, pois não está adstrito à opinião dos especialistas. Contudo, os trechos de avaliação psicológica e de exame de personalidade, transcritos no acórdão, não evidenciam impeditivo para a gradativa reinserção do apenado, que já cumpre pena no regime semiaberto há mais de um ano, sem nenhum relato desabonador de sua conduta, inclusive com submissão a novo exame criminológico, favorável à sua inserção em regime aberto.



4. A realidade dos internos do sistema penitenciário nacional que, comumente, são associados a facções, sem individualizada participação do paciente nas ações de grupo criminoso, não pode justificar o cumprimento da integralidade da pena em regime fechado.

5. Habeas corpus concedido para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções" (HC n. 417.318/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 16/10/2017).

**"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. BENEFÍCIO NEGADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INADIMPLEMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. GRAVIDADE DOS DELITOS, LONGEVIDADE DA PENA E FALTAS GRAVES VETUSTAS. JUSTIFICAÇÃO FORA DOS PARÂMETROS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.**

1. A teor do que prevê o atual art. 112 da Lei de Execuções Penais, com a redação que lhe deu a Lei n.º 10.792/2003, ao indeferir a progressão de regime prisional, porque não cumprido o requisito subjetivo, o julgador deve fazê-lo de forma motivada, a partir de dados concretos extraídos da execução da pena, não podendo cercar-se de elementos ou circunstâncias não previstos na lei de regência.

2. As instâncias de origem não lograram fundamentar o inadimplemento do requisito subjetivo para a progressão de regime, restringindo-se a mencionar a gravidade abstrata dos crimes cometidos pelo paciente, a longa pena a cumprir e a existência de faltas de natureza grave antigas, cometidas há mais de 10 (dez) anos, das quais o reeducando já está reabilitado. Ademais, o paciente possui atualmente bom comportamento carcerário e o exame criminológico foi favorável ao deferimento do benefício.

3. Ordem concedida para determinar que o juízo da execução reexamine o pedido de progressão de regime formulado em favor do paciente, analisando o requisito subjetivo (mérito) à luz do disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal" (HC n. 400.987/SP, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 18/9/2017, grifei).

**"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 439/STJ. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.**

1. A Lei n. 10.792/2003 deu nova redação ao art.

*112 da Lei n. 7.210/1984, para suprimir a realização de exame criminológico como expediente obrigatório para a progressão de regime.*

*2. "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada" (Súmula 439/STJ).*

*3. No caso, o Tribunal de origem ao revogar a progressão de regime não logrou fundamentar a necessidade do referido exame, deixando de invocar elementos concretos dos autos que podem afastar a decisão do magistrado, levando em conta apenas a gravidade do delito praticado e a longa pena a cumprir, desconsiderando, ainda, a boa conduta carcerária da paciente.*

*4. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu à paciente a progressão para o regime semiaberto" (HC n. 398.237/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 13/6/2017).*

Diante de tais considerações, constata-se a existência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

**Concedo, todavia, a ordem, de ofício**, para cassar o v. acórdão proferido no **Writ n. 2159059-29.2019.8.26.0000** e determinar ao d. Juízo das execuções que novamente analise a possibilidade de concessão do livramento condicional ao apenado, afastando a fundamentação inidônea anteriormente adotada.

P. I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator