

HABEAS CORPUS Nº 536.949 - SP (2019/0295577-2)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FLÁVIO DE ALMEIDA PONTINHA - SP269293
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO BENEDITO DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **THIAGO BENEDITO DOS SANTOS SILVA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se da inicial que o paciente requereu o benefício da progressão de regime, oportunidade em que o d. Juízo da Execução o deferiu.

Irresignado, o d. Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução, ao qual o eg. Tribunal de origem **deu provimento**, em v. acórdão nestes termos (fls. 15-18):

"O agravado já cumpriu mais de 1/6 (um sexto) de sua pena, não tendo o Ministério Público agravante se insurgido contra o preenchimento do requisito objetivo.

Estamos diante de um reeducando que responde pelos crimes de roubo majorado, receptação e corrupção ativa, com pena total de 12 (doze) anos, 11 (onze) meses e 13 (treze) dias de reclusão.

Com base no boletim informativo de fls. 4/9, infere-se que, contra o agravado, constam três faltas disciplinares de natureza grave, duas destas judicialmente homologadas em seu desfavor, mas devidamente reabilitadas, eis que datadas dos anos de 2012 e 2016, além de outra, pela qual foi absolvido em primeira instância.

Inobstante, em relação à última das mencionadas condutas, foi recentemente julgado, por esta Terceira Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, cadastrado sob o nº 9000001-03.2019.8.26.0344, de relatoria deste mesmo julgador, no qual, tendo sido dado parcial provimento, converteu-se a absolvição em homologação do

comportamento como falta de natureza grave, consistente em tentativa de possuir aparelho de telefonia móvel no interior da unidade prisional.

*Com isso, salientando-se que **a prática de tal comportamento ocorreu em data recente, qual seja, 11 de março de 2018**, não há como prevalecer o atestado de bom comportamento carcerário de fls. 3, eis que a aludida circunstância, comprovada pela atualizada Folha de Antecedentes, expedida pela Vara das Execuções Criminais (fls. 41/53), serve a demonstrar a dificuldade do agravante em readaptar-se ao convívio social, revelando estarmos diante de um sentenciado de elevada periculosidade, sendo o atestado de boa conduta carcerária, expedido em data anterior ao julgamento do recurso alhures delimitado, insuficiente para a verificação de que estaria em condições de se ressocializar.*

Ausente, portanto, o requisito subjetivo, que é caracterizado por elementos de ordem social e comportamental, capazes de comprovar ser o reeducando merecedor da concessão da progressão de pena.

Desta forma, DOU PROVIMENTO ao agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, para cassar a decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto ao agravado Thiago Benedito dos Santos Silva, determinando seu regresso ao regime fechado." (grifei)

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a d. Defesa, em resumo, afirma haver constrangimento ilegal por v. acórdão sem fundamentação idônea, apenas amparado na gravidade abstrata do delito e na longa pena a cumprir.

Alega que o paciente cumpriu o lapso temporal para o benefício almejado e ostenta bom comportamento, únicos requisitos exigidos para a concessão da benesse.

Requer a concessão da ordem, inclusive **LIMINARMENTE, "SUSTANDO-SE A SUBMISSÃO DO PACIENTE AO REGIME DE PENA MAIS RIGOROSO, repudiando o constrangimento ilegal que do desacerto da decisão do TRIBUNAL-COATOR já vem causando, e, requisitadas as informações do TRIBUNAL-COATOR, ouvido MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em parecer, para, ao final, seja CASSADO O JULGADO DO AGRAVO EM EXECUÇÃO pelo TRIBUNAL-COATOR, MANTENDO-SE A DECISÃO MONOCRÁTICA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS LEGAIS, EIS QUE CONDIGNA COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, permitindo assim o cumprimento progressivo da pena nos termos do artigo 112 da LEP"** (fl. 14).

O pedido liminar foi **indeferido** (fls. 22-25).

Informações às fls. 30-31 e 32-38.

O d. Ministério Público Federal oficiou pelo **não conhecimento do habeas corpus**, em r. parecer, nestes termos (fl. 42):

"O Ministério Público Federal vem, nos autos do processo em epígrafe, manifestar-se pelo não conhecimento do presente habeas corpus, por se tratar de writ substitutivo recursal, e face à inexistência de manifesta ilegalidade.

Constata-se que a pretensão recursal do sentenciado é a concessão de progressão ao regime semiaberto, que lhe foi negado por ausência de requisito subjetivo.

Segundo relatado nos autos o paciente ostenta em seus registros criminais a prática de crimes graves e longa pena a cumprir, ressaltando-se que a última falta grave ocorreu em data recente, o que evidencia a periculosidade e inaptidão do condenado para o convívio em sociedade, e justifica a não concessão da benesse pleiteada".

É o relatório. **Decido.**

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo do 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 especial.

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.

O eg. Tribunal de origem assim fundamentou a ordem de submissão do paciente a exame criminológico (fls. 15-18):

"O agravado já cumpriu mais de 1/6 (um sexto) de sua pena, não tendo o Ministério Público agravante se insurgido contra o preenchimento do requisito objetivo.

Estamos diante de um reeducando que responde pelos crimes de roubo majorado, receptação e corrupção ativa, com pena total de 12 (doze) anos, 11 (onze) meses e 13 (treze) dias de reclusão.

Com base no boletim informativo de fls. 4/9, infere-se que, contra o agravado, constam três faltas disciplinares de natureza grave, duas destas judicialmente homologadas em seu desfavor, mas devidamente reabilitadas, eis que datadas dos anos de 2012 e 2016, além de outra, pela qual foi absolvido em primeira instância.

Inobstante, em relação à última das mencionadas condutas, foi recentemente julgado, por esta Terceira Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, cadastrado sob o nº 9000001-03.2019.8.26.0344, de relatoria deste mesmo julgador, no qual, tendo sido dado parcial provimento, converteu-se a absolvição em homologação do comportamento como falta de natureza grave, consistente em tentativa de possuir aparelho de telefonia móvel no interior da unidade prisional.

Com isso, salientando-se que a prática de tal comportamento ocorreu em data recente, qual seja, 11 de março de 2018, não há como prevalecer o atestado de bom comportamento carcerário de fls. 3, eis que a aludida circunstância, comprovada pela atualizada Folha de Antecedentes, expedida pela Vara das Execuções Criminais (fls. 41/53), serve a demonstrar a dificuldade do agravante em readaptar-se ao convívio social, revelando estarmos diante de um sentenciado de elevada periculosidade, sendo o atestado de boa conduta carcerária, expedido em data anterior ao julgamento do recurso alhures delimitado, insuficiente para a verificação de que estaria em condições de se ressocializar.

Ausente, portanto, o requisito subjetivo, que é caracterizado por elementos de ordem social e comportamental, capazes de comprovar ser o reeducando merecedor da concessão da progressão de pena.

Desta forma, DOU PROVIMENTO ao agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, para cassar a decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto ao agravado Thiago Benedito dos Santos Silva, determinando seu regresso ao regime fechado." (grifei)

Pois bem.

Verifica-se, pois, que o v. acórdão considerou que, para além da longa pena a cumprir e da gravidade abstrata dos delitos cometidos, não está presente o requisito subjetivo para a progressão de regime, com base em

elementos concretos extraídos da execução penal, tendo em vista o conturbado histórico prisional do apenado.

Desta forma, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no indeferimento do benefício da progressão de regime ao paciente, por ausência do requisito subjetivo, diante de **elementos concretos**, observados durante a execução da pena e devidamente utilizados na fundamentação do v. acórdão vergastado.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. ABANDONO DA EXECUÇÃO DA PENA. ELEMENTO CONCRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DO REQUISITO DE ORDEM SUBJETIVA NA VIA ESTREITA DO WRIT. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Para a progressão de regime, deve o apenado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva, nos termos do art. 112 da LEP.

II - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que 'a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das execuções, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fato ocorrido durante a execução da pena (fuga do estabelecimento prisional), justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional, por inadimplemento do requisito subjetivo.' (AgRg no HC 387.056/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 12/05/2017)

III - Não se vislumbra ilegalidade no v. acórdão impugnado, que manteve o indeferimento do benefício da progressão de regime, ao entender que não está configurado o requisito subjetivo, considerando a prática de falta grave no curso da execução penal, consistente em fuga, ou seja, com base em elemento concreto da execução penal.

IV - Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, é inviável, em sede de habeas corpus, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo para a progressão de regime, uma vez que tal providência implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 448.403/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Félix Fischer**, DJe 27/08/2018, grifei)

"EXECUÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese vertente, o Juízo das Execuções Criminais, considerando a fuga do sentenciado na data de 27/6/2017, indeferiu os pedidos de progressão de regime e livramento condicional. Decisão mantida pela Corte de origem, em sede de habeas corpus.

2. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a fuga do estabelecimento prisional configura falta grave. Precedentes.

3. O cometimento de infração de natureza grave impede a progressão de regime e a concessão de livramento condicional, por ausência de requisito subjetivo. Diretriz jurisprudencial consolidada nesta Corte.

4. *Recurso em habeas corpus não provido.*" (RHC 102.728/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 19/10/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME INDEFERIDA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

2. A análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das execuções, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fato ocorrido durante a execução da pena (fuga do estabelecimento prisional), justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional, por inadimplemento do requisito subjetivo.

3. Evidenciada a idoneidade da fundamentação utilizada na origem, não há falar, portanto, em existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de

ofício.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 387.056/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 12/05/2017, grifei)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. MAU COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA GRAVE. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a verificação, pelas instâncias ordinárias, de mau comportamento carcerário do Apenado, que praticou 21 faltas disciplinares de natureza grave durante a execução da pena, afasta o preenchimento do requisito subjetivo para a obtenção dos benefícios do livramento condicional e da progressão de regime.

2. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 454.603/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 20/02/2019, grifei)

Vale registrar que a modificação das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, para concluir pela configuração do requisito subjetivo para a progressão de regime, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos da execução penal, o que é incompatível com os estreitos limites da via do **habeas corpus**.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMETIMENTO DE FALTAS GRAVES NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...] 2. Na espécie, o entendimento do Tribunal a quo encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que a prática de falta grave impede a concessão da progressão de regime prisional, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III, do Código Penal. 3. Registre-se, ainda, que é firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de 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. 4. Habeas corpus não conhecido" (HC 433.642/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 12/04/2018, grifei).*

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. VISITA PERIÓDICA AO LAR. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 123, III, DA LEI N. 7.210/1984. ANÁLISE FUNDAMENTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

*1. É pacífico o entendimento de que o fato de o apenado ter progredido para o regime semiaberto não lhe assegura o direito à visitação periódica ao lar. O Tribunal de origem apresentou fundamentos suficientes para manter a decisão do Juízo da execução concluindo pela sua prematuridade. 2. O exame do preenchimento dos requisitos subjetivos pelo sentenciado, estabelecidos no art. 123 da Lei de Execução Penal, não pode ser analisado em via estreita do writ, por demandar análise fático-probatória. 3. Recurso ordinário não provido" (RHC 55.326/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 21/03/2016).*

Não obstante, 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 1º Grau, ou mesmo o eg. Tribunal **a quo**, **diante das circunstâncias do caso concreto, pode 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 quando as peculiaridades do caso o recomendarem e em decisão adequadamente motivada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

"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. HISTÓRICO CONTURBADO. FALTAS DISCIPLINARES. FUGA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - Com as inovações trazidas pela Lei n. 10.792/03, alterando a redação do art. 112 da Lei n. 7.210/84, afastou-se a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime. Por outro lado, esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que o d. Magistrado de 1º 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 acerca do mérito do apenado, desde que essa decisão seja motivada. Súmula 439/STJ e Súmula Vinculante 26/STF.

III - In casu, a determinação de que fosse realizado o exame criminológico decorreu de elementos concretos, observados no curso da execução penal, notadamente o conturbado histórico prisional do apenado, inclusive o registro de fuga quando progrediu anteriormente para regime mais brando.

IV - Não se vislumbra qualquer ilegalidade 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.

V - À vista do exame pericial, desfavorável, as instâncias ordinárias concluíram pela ausência do requisito subjetivo, com fundamentação idônea, circunstância que afasta as alegações de ilegalidade ou arbitrariedade na negativa da benesse.

VI - A modificação das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, para concluir pela configuração do requisito subjetivo para a progressão de regime, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos da execução penal, o que é incompatível com os estreitos limites da via do writ.

Habeas corpus não conhecido." (HC 436.977/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01/06/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO CARCERÁRIA. AFERIÇÃO DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PELO CUSTODIADO. PRÉVIO EXAME CRIMINOLÓGICO DETERMINADO PELA CORTE ESTADUAL. NECESSIDADE JUSTIFICADA COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 112 da LEP, o requisito subjetivo necessário à concessão de progressão prisional é aferido através de atestado de bom comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento no qual o condenado cumpre sua sanção privativa de liberdade.

2. No entanto, não é vedado ao magistrado o indeferimento do benefício quando, a despeito do reeducando apresentar atestado de bom comportamento carcerário, entender não implementado o requisito subjetivo, desde que aponte peculiaridades da situação fática que demonstrem a ausência de mérito do condenado.

3. Caso em que a Corte Estadual justificou a necessidade de realização prévia de exame criminológico para avaliar eventual preenchimento do requisito subjetivo pelo ora agravante, com base não somente na gravidade dos crimes pelos quais foi condenado e na longa pena a cumprir, **mas também no extenso histórico de faltas graves cometidas durante a execução da reprimenda**, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade a ser reparada quanto ao ponto.

4. Tendo sido proferida em consonância com o entendimento firmado neste Sodalício sobre o tema impugnado,

deve ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

5. Agravamento regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 391.202/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 30/06/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA DECISÃO QUE DETERMINA SUA REALIZAÇÃO COMO CONDIÇÃO À PROGRESSÃO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE NO CURSO DA EXECUÇÃO. ORDEM DENEGADA.

O advento da Lei n. 10.792/03 não proibiu a realização do exame criminológico para a verificação do preenchimento do requisito subjetivo à progressão de regime, mas impôs ao Magistrado a necessidade de motivar concretamente a imprescindibilidade de submissão do apenado à perícia. Nessa esteira, editou-se a Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido, ao cassar a decisão concessiva da progressão de regime, assinalou a necessidade do exame criminológico com fundamento no comportamento carcerário da apenada, notadamente diante do cometimento de falta grave no curso da execução, consistente na fuga do estabelecimento prisional. Desse modo, verifica-se que o Tribunal de origem não se cingiu à menção à gravidade abstrata dos crimes ou à longevidade da reprimenda imposta, mas declinou elementos concretos hábeis justificar a necessidade de realização do exame técnico para a formação de seu convencimento.

Ordem denegada" (HC 333.590/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 16/05/2016, grifei).

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. DETERMINAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO LEGAL. 1. Consigna a Súmula n. 439 do Superior Tribunal de Justiça, verbis: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada, para aferir o requisito subjetivo da progressão". Tal prova técnica pode ser determinada pelo magistrado de primeiro grau, ou mesmo pela Corte estadual, diante das circunstâncias do caso concreto e adequada motivação, para formação de seu convencimento. 2. Na hipótese, o Tribunal de Justiça de origem

entendeu que persiste a exigência da avaliação do condenado por equipe multidisciplinar (exame criminológico), diante da **vida carcerária conturbada do paciente** - prática de faltas de natureza grave no curso da execução penal. 3. Além do mais, na espécie, a progressão de regime foi indeferida pelo Juízo da Execução Criminal por ter o ora paciente **praticado faltas graves no curso da execução penal** (tentativa de fuga e apreensão de entorpecentes). Tais faltas, por si sós, impossibilitam a progressão de regime, pois interferem na data-base para concessão da benesse e, ainda, caracterizam a ausência de requisito subjetivo. 4. Assim, a Corte a quo, ao manter o decisum de primeiro grau, indeferitório da progressão de regime prisional, não ofendeu o princípio do non reformatio in pejus. 5. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 302.190/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 17/11/2015, grifei).

*"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART 112 DA LEP. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FALTAS GRAVES E FUGAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior pode ser determinada a realização de exame criminológico para a progressão de regime, desde que de **maneira fundamentada e de acordo com as peculiaridades do caso concreto**. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 718.331/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 17/09/2015, grifei).*

No presente caso, o v. acórdão do eg. Tribunal **a quo**, ao dar provimento ao agravo em execução interposto pelo d. Ministério Público, cassou a r. decisão agravada e **determinou a regressão de regime, sem determinação complementar.**

Nesse ponto, como forma de se **evitar a regressão de regime perpétua**, entendo que a determinação de realização do exame criminológico para a progressão de regime prisional, com esteio no **histórico conturbado do paciente (3 faltas de natureza grave - fls. 15-18)**, se mostra o posicionamento mais razoável, adequado e, claro, ainda assim amparado em elementos concretos da

execução.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo a ordem, PARCIALMENTE, de ofício**, para determinar a realização de exame criminológico, como forma de amparar a nova análise da progressão de regime, que deverá ser realizada pelo d. Juízo da Execução. Recomenda-se celeridade.

P. I.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

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

Relator