



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.120 - SP (2018/0277325-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALLINE DELBEM - SP331173
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO BERGMANN DA CRUZ (PRESO)

EMENTA

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 EXAME CRIMINOLÓGICO. GRAVIDADE DO DELITO PRATICADO (TRÁFICO DE DROGAS - APREENSÃO DE 18 KG DE MACONHA). 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 18/8/2015, DJe 3/9/2015).

4. *In casu*, o Tribunal de origem, ao examinar recurso ministerial que atacava decisão que deferira a progressão de regime prisional, determinou a realização de exame criminológico sem a devida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, pois baseada na gravidade do delito praticado – tráfico de drogas (apreensão de 18kg de maconha).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar deferida, restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que deferiu ao paciente a progressão para o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.120 - SP (2018/0277325-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALLINE DELBEM - SP331173
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO BERGMANN DA CRUZ (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIANO BERGMANN DA CRUZ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta da inicial que o Juízo das Execuções Criminais deferiu o pedido de progressão ao regime semiaberto do sentenciado (e-STJ 47/48).

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o TJSP, que deu provimento ao recurso, nos seguintes termos (e-STJ fl. 76):

Agravo em Execução Penal. Deferimento de progressão ao regime semiaberto. Cassação. Ausência do requisito subjetivo.

Sentenciado condenado pela prática do delito de tráfico de estupefacientes e falsa identidade. Apreensão com o reeducando de 21 tijolos de maconha. Insuficiente o bom comportamento carcerário, o qual não se confunde com aptidão ao convívio social.

Necessidade de prévio parecer ou laudo da comissão técnica de classificação, em atendimento ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, alínea "a", da CF). A nova redação dada ao art. 122 da LEP pela Lei n. 10.792/03, não implica em proibição da análise do requisito subjetivo. Precedentes. Agravo provido.

Na presente impetração, narra a defesa que o paciente encontra-se cumprindo pena de 6 anos e 8 meses pela prática de crime de tráfico de drogas e reprimenda de 3 meses pela prática de crime tipificado no art. 307 do Código penal.

Aduz que, "após o preenchimento dos requisitos legais, cumprimento de 2/5 da pena do crime de tráfico acrescido de 1/6 da pena do crime comum e bom comportamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carcerária, postulou a progressão ao regime semiaberto, a qual foi deferida pelo Juízo de 1ª Instância em 11/08/2018" (e-STJ fl. 4).

Aponta que "após o advento da Lei nº 10792/03 a obrigatoriedade da confecção de exame criminológico caiu por terra, vez que a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal prevê como requisito subjetivo para a progressão o bom comportamento do apenado, comprovado por meio de atestado de comportamento carcerário assinado pelo Diretor da Unidade Prisional" (e-STJ fl.7).

Alega que simples referências à gravidade do crime ou à longa pena a cumprir não justificam a submissão do sentenciado ao exame, conforme reiteradamente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, seja concedida a ordem para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se o regime semiaberto.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 110/112), opinou o Ministério Público Federal "pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 115/121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 475.120 - SP (2018/0277325-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, pela 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.

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, destaco os seguintes julgados: STF - (HC 104045, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/8/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 05-09-2012 PUBLIC 6-9-2012); e STJ - (HC 239550/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18/9/2012, DJe 26/9/2012).

Assim, em princípio, 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, como - a meu ver - no caso em testilha.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o art. 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003, não mais exige a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão de benefícios.

Todavia, o Juiz da Execução, ou mesmo o Tribunal de Justiça, de forma fundamentada, pode determinar, diante das peculiaridades do caso, a realização do aludido exame para a formação do seu convencimento, nos termos do enunciado n. 439 da Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte, **in verbis**:

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Conforme se verifica do acórdão impugnado, a determinação de realização do exame criminológico, ao que cuido, não foi suficientemente fundamentada. Confira-se (e-STJ fls. 77/85):

Observo, desde logo, ser admissível a realização do exame criminológico considerando as peculiaridades do caso, “desde que em decisão motivada” (Enunciado n. 439 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça).

Feita a observação, temos também ser legítima a denegação de progressão de regime dados os fundamentos concretos a seguir destacados, os quais representam o não preenchimento do requisito subjetivo, essencialmente em virtude do histórico carcerário conturbado do qual portador o reeducando.

O reeducando cumpre pena no total de 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 11 (onze) dias de reclusão, pela prática dos delitos de tráfico de estupefacientes e falsa identidade, com término da expiação previsto para 15.7.2022 (fls. 26/28).

Ou seja, ainda tem quase 4 (quatro) anos de pena por cumprir.

Destarte, sempre preservado o elevado convencimento de S. Exa., o MM. Juiz, temos que na hipótese é conveniente a realização de exame criminológico, a fim de se comprovar o grau de periculosidade do condenado, que praticou crime equiparado constitucionalmente a hediondo, mostrando-se necessária uma análise mais acurada sobre o seu mérito, diante das circunstâncias acima mencionadas, por ele mesmo provocadas.

Cf. o Boletim Informativo, o sentenciado teria completado o ensino médio e seria impressor de profissão (fls. 26 e 30), circunstâncias que demonstram que teria certo grau de instrução e profissão definida, o que reforça a necessidade da feita prova técnica para se aferir qual a motivação para a prática dos crimes.

Ademais, contava à época dos fatos com 32 (trinta e dois) anos de idade e tem o estado civil de solteiro. Ou seja, era homem maduro, repito, com instrução e profissão definida, alinhado ao fato de que, em princípio, não possuiria família dele dependente.

Não nos é dado olvidar que fora condenado, pois estaria transportando, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 21 (vinte e um) tijolos de maconha, com peso de 18.256,400 gramas.

A respeito da quantidade apreendida, expressamente compartilhamos posicionamento do E. Des. Alceu Penteado Navarro, pronunciado no seio da Apel. n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

0043627-21.2011.8.26.0050, da 9ª Câm. de Direito Criminal, J. em 10.5.2012, deste E. Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo, verbis:

“(…) Note-se que uma das principais circunstâncias indicadoras de tráfico é a quantidade de tóxico. E, para mim, tal mensuração deve partir da overdose (dose insuportável ou excessiva para alguém).

Segundo a literatura médica, a reação letal ou não letal da cocaína em usuários depende de variados aspectos. Doses consideradas pequenas, cerca de 0,02g, podem ser suficientes para esse efeito (cf. Delton Croce e Delton Croce Júnior, Manual de Medicina Legal, 5ª ed., Saraiva, 2004, pág. 636). Logo, aprendidas 283,9g, teremos cerca de 14.195 doses letais (excessivas ou insuportáveis) ao usuário. Até porque o uso continuado de cocaína provoca o “enfraquecimento das funções psíquicas em geral, cansaço, irritabilidade, inquietação e insatisfação” (cf. Edevaldo Alves da Silva, Tóxicos, 1ª ed., Bushatsky, 1979, pág. 82).

Ademais, conforme decisão publicada na RT 546/327 para fazer um fininho ou bagana de maconha são necessários 0,33g da referida droga.

(…) Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (praesumptiones hominis), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do cotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min.

Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (…)”.

Ainda nessa toada, no sentido de desestimular o consumo de substâncias entorpecentes, em matéria jornalística veiculada na Folha de S. Paulo, caderno Opinião, do dia 7.5.2013, os psiquiatras Carlos Salgado e Antonio Geraldo da Silva publicaram estudo sobre os malefícios causados pelo uso, por exemplo, de maconha, verbis:

“(…) Como médicos psiquiatras, nós nos sentimos na obrigação de esclarecer alguns pontos sobre a maconha. Como qualquer droga ilícita, ela ocupa grande espaço no imaginário da sociedade. No entanto, infelizmente, vem ganhando uma imagem de benignidade sem uma fundamentação científica confiável.

A glamorização da maconha como planta de valor terapêutico e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uso a princípio meramente “recreativo” tem servido de argumento para a condescendência com seu consumo. A verdade é que classificar maconha como droga leve e quem sabe até terapêutica é ingênuo, se não malicioso.

O peso clínico de uma droga depende, é claro, do usuário. Sua bagagem genética e social pode contribuir para que a droga tenha grande impacto. Há quem fume e não sofra nenhum dano.

Mas há muita gente que vive justamente o contrário.

As clínicas de reabilitação estão lotadas para comprovar a veracidade do fato.

A maconha pode piorar os quadros psiquiátricos mais comuns, como esquizofrenia, depressão, ansiedade e bipolaridade, e desencadear as primeiras crises graves dessas doenças, mudando a história natural de doentes que poderiam viver incólumes a riscos transmitidos geneticamente.

(...) É aí que o Estado precisa exercer seu papel de zelar pelo bem-estar dos cidadãos. Se ele mal dá conta de monitorar o consumo de álcool por jovens, droga equivocadamente admitida como lícita, o que dirá de uma eventual descriminalização da maconha? (...)”.

Igualmente relevante destacar trecho de artigo extraído do portal R7, subscrito pela jornalista Marcella Franco, em 17.5.2016, segundo o qual “(...) De acordo com um médico inglês, usar a droga antes da maioridade aumenta os riscos de esquizofrenia na idade adulta. Além disso, explica o psiquiatra, jovens que fumam maconha têm três vezes mais chances de desenvolver psicose no futuro. Os dados preocupantes são de estudos que o professor de pesquisa psiquiátrica Robin Murray coordenou no Instituto de Psiquiatria Kings College, em Londres, na Inglaterra. Em 2002, por exemplo, foi descoberto que quem usa maconha a partir dos 15 anos tem 4,5 vezes mais chances de se tornar psicótico dez anos depois (...)” (verbis).

Vimos aqui a patente necessidade de melhor apuração do critério subjetivo para a progressão.

Data vênua, apenas o atestado de conduta carcerária, diante dos fatores negativos acima destacados, não é suficiente.

De acordo com jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, embora a Lei n. 10.792/2003 tenha introduzido nova redação ao art. 112 da LEP, dispensando a realização do laudo criminológico para a concessão de progressão de regime, não é vedado ao julgador aferir, sempre com base nas peculiaridades do caso concreto, o mérito do reeducando, indeferindo, de maneira fundamentada, a benesse.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: STJ, HC 308.744/SP, rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 20.2.2015; STJ, HC 273.349/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 25/11/2013; STJ, HC 260.760/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 12/03/2013.

E, novamente em acordo com mais julgados do e. STJ, o Magistrado das Execuções Criminais não está adstrito ao atestado de 'bom comportamento' do Diretor do Presídio. Assim não fosse e a competência para conceder benefícios ao encarcerado passaria a ser do Diretor do estabelecimento prisional em que se encontra o reeducando, e não mais do MM. Juiz da execução, uma vez que, diante de um atestado favorável, somente restaria ao Julgador homologá-lo, sem proceder a uma análise mais criteriosa a respeito da capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo' (cf. predicado no HC 100.583/SP, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 04/08/2008, sem olvidar doutros precedentes de igual teor, por exemplo o HC 205.504/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/02/2013).

Evidentemente não é aquela a mens legis.

E ao que se tem nestes autos, não se verifica, na determinação de realização da prova, a ocorrência de qualquer ilegalidade, pois existe fundamentação suficiente para a cassação da r. decisão que deferiu a progressão de regime ao reeducando, qual seja, o não preenchimento do requisito subjetivo, essencialmente em virtude dos dados acima coligidos, devendo ser melhor avaliada as razões do cometimento do delito e a eventual possibilidade de recidiva, devendo o estudo a ser realizado estar amparado por laudo de médico psiquiatra.

Somente a avaliação criminológica subscrita conjuntamente por psiquiatra, assistente social e psicólogo conseguirá demonstrar se o preso pode ou não ser contemplado com a mercê.

Anoto que, acerca do mesmo assunto, o e. Superior Tribunal de Justiça, rel. o Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 15.2.2018, predicou expressamente: "(...) Mesmo que inexigível, uma vez realizado o exame criminológico, nada obsta sua utilização pelo magistrado como fundamento válido para o indeferimento do pedido de progressão de regime (...) 3. A elaboração do laudo criminológico por psiquiatra, psicólogo ou assistente psicossocial não traz qualquer mácula ou ilegalidade à decisão que indeferiu a progressão de regime com base em tal documento, mormente porque qualquer destes profissionais está habilitado a realizar perícia técnica compatível com o que se busca saber para a concessão do benefício de progressão de regime (...)".

A prova técnica, portanto, se faz necessária para uma maior reunião de informações sobre o reeducando antes da colocação em meio com parcial ausência de vigilância estatal.

Sem prejuízo, diante dos dados destacados, não há como aplicarmos o entendimento desta E. 9ª Câm. de Direito Criminal, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que aguardaria a feitura da prova técnica no atual regime e, somente após, caso existentes motivos, é que poderia ser regredido.

Ora, como bem observam Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, faz-se necessário “que se conheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento”. A aferição do mérito refere-se “à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade.

O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado em vista das regalias que irá gozar no regime progressivo seguinte. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime”. Daí por que essa “avaliação mais abrangente e aprofundada e, portanto, mais individualizada, das condições pessoais do condenado para a progressão, é inerente ao sistema progressivo instituído pela reforma penal de 1984, reclamada pela exigência de mérito, persistente no Código Penal (art. 33, § 2º), expressamente prevista para a progressão ao regime aberto (art. 114, II, da LEP) e compatível com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). Além disso, não estando adstrito o juiz da execução às conclusões de atestado, parecer ou laudo técnico (art. 182 do CPP), podendo apreciar livremente a prova para a formação de sua convicção (art. 157 do CPP) e ordenando diligência e produção de prova, inclusive pericial (arts. 196, § 2º, da LEP e 156 do CPP), deverá negar a progressão, mesmo quando favorável o atestado ou parecer do diretor do estabelecimento, se convencido por outros elementos de que o condenado não reúne condições pessoais para o cumprimento da pena em regime mais branco” (Execução Penal, 11ª ed., Atlas, 2004, nº 5.30, pág. 424).

Aplicando o princípio constitucional da individualização da pena (Const. Fed., art. 5º, inc. XLVI, al. “a”), afirma Guilherme de Souza Nucci:

“Continuamos defendendo que a individualização é preceito constitucional, não podendo o legislador ordinário afastar o juiz das provas indispensáveis à formação do seu conhecimento. Logo, se entender viável, deve o magistrado requisitar a realização do exame criminológico, especialmente para os autores de crimes violentos, não sendo obrigado a confiar no atestado expedido pela direção do presídio” (Manual de Processo Penal e Execução Penal, 5ª Ed., RT, 2008, cap. XXVII, nº 20, pág. 1.035, grifei).

Nesse teor também é o pensamento de Renato Flávio Marcão, quando adverte: “É evidente que os parâmetros balizadores de um laudo criminológico não são exatamente os mesmos em que se basearão os diretores de estabelecimento para firmar atestados de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta carcerária. Se os laudos criminológicos já se revelavam falhos na apresentação de elementos para a aferição do requisito subjetivo, o que se dizer então, agora, dos sobreditos atestados?” (Curso de Execução Penal, 1ª ed., Saraiva, 2004, pág. 116).

De fato, para o condenado progredir de regime ele precisa ter mérito. Este “significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, tais como autodisciplina, o senso de responsabilidade do sentenciado e o seu esforço voluntário e responsável deste participar do conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com o seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária” (cf. Fernando Capez, Execução Penal, 9ª ed., Paloma, 2003, pág. 96).

Não discrepam os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, que deixam assentado:

“Muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, dada pela Lei nº 10.792/03, não exija mais o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o juízo das execuções, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido” (STJ, 5ª T., HC 40.278/PR, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 20/06/05, pág. 313). Em outras palavras: “a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitada pelo juízo das execuções, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se, assim, ao princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal” (STJ, 5ª T., HC 42.513/PR, rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 29/08/05, pág. 386).

No mesmo teor, decidiu o Col. Pretório Excelso: “A partir de interpretação sistemática do ordenamento (CP, art. 33, § 2º; LEP, art. 8º) concluiu-se, que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão de regime, mas, ao contrário, introduziu critérios norteadores à decisão do juiz para dar concreção ao princípio da individualização da pena” (STF, 1ª T., HC 86.631/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 20/10/06, pág. 62). Não discrepam desse entendimento outros arestos (STF, 2ª T., HC 101.561/RS, rel. Min. Ayres Britto, DJe-200 de 22/10/10; STF, 2ª T., HC 102.053/RS, relª. Minª. Ellen Gracie, DJe-159 de 27/08/10 ou LexSTF, 381/487).

Quando não bastasse, não pode ser esquecida a Súmula Vinculante 26, com este enunciado: “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 nº 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” (verbis).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça, ao decidir que “A Lei 10.792/03 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir o mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, par. ún., do CP)” (cf. TJ-SP, 5ª C., HC 472.653-3/9, rel. Des. Carlos Biasotti, RT, 836/535 ou 837/568). Esse também é o entendimento da egrégia 14ª Câmara Criminal (AE 467.732-3-8, rel. Des. Renê Ricupero).

Deve ser lembrado, ainda, um acórdão desta E. 9ª Câm. de Direito Criminal da lavra do E. Des. Sérgio Coelho: “a inovação no texto do art. 112 da LEP não consiste na vedação da apreciação de cunho subjetivo, mas, apenas, na prescindibilidade dos exames criminológicos, que antes eram absolutamente indispensáveis. O argumento de que a conduta do sentenciado foi considerada satisfatória pelo Diretor do Presídio não é suficiente para afastar a avaliação psicológica, até porque as atribuições técnicas dos peritos não podem simplesmente ser deslocadas para a direção do estabelecimento carcerário. Com efeito, se o juiz pode rejeitar um laudo elaborado por peritos com formação técnica, com muito mais razão pode rejeitar um atestado de boa conduta carcerária emanado de autoridade administrativa. Por tal motivo é que o mérito do sentenciado não foi excluído de apreciação pela nova lei” (AE 854.792-3/7, Comarca de Rio Claro, j. em 30/11/05).

Em suma, para a concessão da progressão de regime carcerário, necessário o preenchimento do requisito objetivo e subjetivo, mostrando necessária, na hipótese dos autos, maiores informações acerca deste último pressuposto.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de cassar a r. decisão concessiva da progressão, determinando a recondução do condenado ao regime fechado.

Note-se que, embora longa/extensa a fundamentação, se valeu o Tribunal **a quo** efetivamente apenas da gravidade do crime praticado pelo paciente – tráfico de drogas (porte de 18 kg de maconha) – para cassar a progressão de regime e determinar a realização do exame criminológico.

Inexistem, portanto, justos motivos para se revogar a progressão do regime prisional deferida ao paciente, devendo ser cassado o **decisum** proferido pelo Tribunal de origem, restabelecendo-se a decisão do Juiz das Execuções que lhe concedeu a progressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o regime semiaberto.

Com essa orientação, vejam-se os julgados:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. PROGRESSÃO PER SALTUM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 491/STJ. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 439/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. "A progressão tardia ao regime semiaberto não confere ao executado o direito de antecipar a sua inserção em regime aberto, dada a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena em cada regime, sob pena de incorrer em indevida progressão per saltum" (AgRg no REsp 1.457.065/MS, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 20/10/2015).

3. Admissível a realização do exame criminológico, para se aferir o preenchimento do requisito subjetivo pelo condenado, na análise do pedido de progressão prisional, desde que em decisão devidamente motivada, seja demonstrada sua imprescindibilidade.

4. A simples gravidade abstrata do delito pelo qual o sentenciado cumpre pena ou mesmo a sua qualificação como hediondo não são razões suficientes para justificar o exame criminológico.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para afastar a exigência de exame criminológico determinada pelo acórdão impugnado, ressalvada eventual mudança na situação carcerária do paciente.

(HC 298125/SP, QUINTA TURMA, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO (1) PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. FACULDADE DO JUIZ, MEDIANTE DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. IMPOSIÇÃO PELO TRIBUNAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. (2) ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. De acordo com as alterações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, o exame criminológico deixa de ser requisito obrigatório para a progressão de regime, podendo, todavia, ser determinado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maneira fundamentada pelo Juízo da execução ou pelo tribunal, de acordo com as peculiaridades do caso. Assim, não sendo requisito para a progressão, não pode ser imposto em sede de agravo em execução pelo Tribunal a quo sem fundamentação idônea. Enunciados sumulares nº 439/STJ e nº 26/STF.

2. Caso em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, uma vez que o Tribunal de origem não logrou fundamentar a necessidade da realização do exame criminológico. Restringiu-se a mencionar a gravidade em abstrato dos delitos cometidos pela paciente, a reincidência específica, bem como a necessidade, em tese, da realização de exame criminológico para aferir as condições meritórias da apenada, necessárias à concessão de benefícios da execução penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu à paciente a progressão de regime.

(HC 335407/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL DEFERIDO. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO, SEM QUALQUER FUNDAMENTO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

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, desde que mediante decisão concretamente fundamentada na conduta do apenado no decorrer da execução. Precedentes.

3. In casu, foi cassado o benefício do livramento condicional, determinando-se a realização de exame criminológico, sem qualquer fundamento concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. 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.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de 1º Grau, que havia deferido o livramento condicional.

(HC 323553/SP, Sexta Turma, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 18/8/2015, DJe 3/9/2015)

Configurada, portanto, na espécie, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão do *writ* de ofício.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. No entanto, **concedo a ordem de ofício**, para, ratificando a liminar deferida, restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que concedeu ao paciente a progressão para o regime semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0277325-6

HC 475.120 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038012220188260509 00073206720168260996 00112121120158260481
112121120158260481 38012220188260509 73206720168260996

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALLINE DELBEM - SP331173
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO BERGMANN DA CRUZ (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.