



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 243.041 - SP (2012/0102591-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : JONATHAS JOSÉ BENEDITO (PRESO)
ADVOGADO : RÔMULO COELHO DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1. MANDAMUS** IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. 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 nº 10.792/2003, não mais exige a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão de benefícios.

3. 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 da Súmula nº 439/STJ.

4. Diante desse contexto, uma vez realizado o exame criminológico, nada obsta que seja levado em consideração na análise do requisito subjetivo do apenado, notadamente, como ressaltou o acórdão impugnado, em função do cometimento de falta disciplinar grave pelo paciente.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 243.041 - SP (2012/0102591-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto por Jonathas José Benedito, por intermédio da Defensoria Pública da União, contra a decisão monocrática lançada nos seguintes termos (fls. 60/72):

*Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jonathas José Benedito, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.*

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 18 (dezoito) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime fechado, com o seu término marcado para 14/10/2022.

Em 12/7/2011, obteve a progressão de regime, sendo que, neste ato jurisdicional, foi dispensada a realização do exame criminológico.

Irresignada, a promotoria interpôs agravo em execução na Corte de origem, ao argumento que se tratava de pessoa perigosa, com longa pena a cumprir, o que requereria, para fins de progressão, o referido exame pericial. O recurso foi julgado parcialmente procedente, sob o fundamento de que o requisito subjetivo não havia sido preenchido, recebendo, pela Oitava Câmara de Direito Criminal, a seguinte ementa (fl. 30):

Agravo em execução - Progressão ao regime semiaberto - Deferimento - Recurso ministerial objetivando o retorno do reeducando ao regime fechado ou realização do exame criminológico - Ausência de elementos suficientes quanto ao mérito do reeducando - Recurso ministerial provido.

Ressalta o impetrante, em favor de sua tese, que a realização do exame criminológico deixou de ser obrigatória, bastando, para a progressão de regime, o lapso temporal e o bom comportamento carcerário.

Salienta, ademais, que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (fl. 3).

Busca, assim, a recondução do paciente ao regime semiaberto, sem a necessidade de exame criminológico.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 14).

Prestadas as informações (fls. 24 e 26/45), a douta Procuradoria Geral da República, ao se manifestar (fls. 54/58), opinou pela denegação da ordem.

Brevemente relatado, decido.

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembremo-nos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

*Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituíra para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)*

*Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.*

*No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.*

*Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."*

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."

*Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."*

*Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.*

*O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.*

*O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo. (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011.)*

*Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente." (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012.)

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, consequentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o **habeas** substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a **habeas** já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar **habeas corpus** e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso versado, entretanto, não existe qualquer ilegalidade a ser sanada.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o artigo 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei n.º 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 da Súmula nº 439/STJ, *in verbis*:

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

O Tribunal de origem ao determinar a realização do exame criminológico, assim consignou (fls. 33/37):

Impende verificar, então, acerca da necessidade do exame criminológico.

A propósito, a alteração proporcionada pela Lei nº 10.792/03 ao artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) traz a perspectiva fenomenológica de que, para a progressão de regime prisional ou o alcançamento de qualquer outro benefício, basta que o condenado cumpra certa quantidade da pena e exiba bom comportamento carcerário, de cunho exclusivamente disciplinar, atestado pelo Diretor do Estabelecimento Penal.

Nada mais equivocado, contudo. Pode parecer, **prima facie**, que se estaria inaugurando uma nova era. Sim, no sentido de que se tornou desnecessário o requisito de ordem subjetiva para a benesse. Como se fora a era da desconstrução do princípio da individualização da pena.

Isto porque o legislador, certamente açodado em alterar a realidade e desatento para com a sorte da sociedade, deliberou que bastaria o atestado fornecido pelo Diretor do Presídio para que o condenado, após ter alcançado certo lapso temporal no cárcere, pudesse obter benefícios, v.g., como o regime prisional mais brando.

Bem é de ver, entretanto, que o Direito Positivo ainda contempla a possibilidade da aferição d mérito do condenado para a obtenção de benefícios durante o cumprimento de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade, como se deduz do artigo 33, § 2º, do Código Penal, ao condicionar a protensão à prévia avaliação do "mérito do condenado".

Convém ressaltar, nesse passo, que o "mérito, por seu turno, não consiste, unicamente, na boa ou ótima conduta carcerária por um determinado período. O sentenciado deverá comprovar e convencer o Juízo da Execução que reúne as condições necessárias para usufruir um regime mais favorável, consoante pronunciamento deste Augusto Tribunal de Justiça.

Demais disso, importa considerar que o regime semiaberto constitui estágio caracterizado, na atualidade, por significativo nível de recidiva, o que recomenda que não se despreze a avaliação de cunho subjetivo, com vistas a apontar o mérito ou demérito do candidato a progressão, mormente se condenado pelo cometimento de crimes graves (tráfico de drogas e associação para o tráfico), por força do qual o agravado experimentou a pena total de 18 (dezoito) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão a denotar ser portador de personalidade aparentemente distorcida.

Não bastasse isso, há de se levar em consideração o quadro comportamental do agravado, no âmbito do sistema prisional, eis que cometeu falta grave consistente em posse de celular, em 10/12/2008, a evidenciar tratar-se de pessoa cujo comportamento prisional exige melhor análise.

Desse modo, a não realização do exame criminológico tende a tornar duvidosa a possibilidade de o condenado ser reintegrado harmoniosamente a sociedade, como preconizado pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º.

Portanto, havendo dúvida se o condenado pode ou não obter o benefício, há que ser resolvida em favor da sociedade. E a sociedade não está obrigada a conviver novamente com quem ainda tem pena a cumprir, a menos que haja segurança absoluta quanto a sua readaptação, permitindo, assim, que o condenado consiga o benefício, notadamente o regime semiaberto, por força do qual tem a possibilidade de passar parte do seu dia no convívio social.

(...)

Cumpre enfatizar, portanto, que a nova redação conferida ao artigo 112 da Lei de Execução Penal expungiu a obrigatoriedade da realização do exame criminológico. Mas não retirou ao juiz o poder, o discernimento e a sensibilidade de determina-lo quando esteja frente a pedido de agente, como na hipótese em tela, condenado por crime assemelhado aos hediondos e cujo comportamento prisional mostra-se pouco afeito a disciplina, evidenciado pelo cometimento de falta grave, entendendo-o, pois, necessário para melhor e segura avaliação do requisito subjetivo. Sob pena de precipitar o reenvio a sociedade de indivíduos cuja terapêutica penal, por sua curta ou insuficiente duração, depois se mostre de todo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ineficaz, com sério comprometimento da segurança pública. Em suma, verifica-se quão imperioso, na espécie, perscrutar-se e aferir-se o mérito do condenado - a cujo respeito não há ainda elemento de convicção suficiente e convincente - de modo a não deixar dúvida em torno da possibilidade de obter o regime semiaberto, sem acarretar qualquer risco a sociedade, donde ser de significativa utilidade a realização do exame criminológico a ser realizado por equipe multidisciplinar, tornando-se de rigor o provimento do agravo ministerial.

Diante desse contexto, não há que se falar em constrangimento ilegal, visto que o Tribunal estadual, de forma fundamentada, justificou a necessidade da realização de exame criminológico, notadamente em função do cometimento falta disciplinar, quando do transcurso da execução criminal.

*Além disso, a desconstituição do que ficou decidido demandaria necessário reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que, sabidamente, é incompatível com a estreita via do **habeas corpus**.*

Nesse sentido, confira-se:

A - HABEAS CORPUS. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME E DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PERICULOSIDADE CONCRETA. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. O art. 112 da Lei de Execução Penal, com sua nova redação, dada pela Lei n.º 10.792/93, dispõe ser necessário, para a concessão de benefícios como a progressão de regime e do livramento condicional, apenas o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo e subjetivo - ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento -, sem tratar da necessidade de exame criminológico,

2. Contudo, a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitado quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, tal como ocorre na espécie, em que o Paciente praticou crimes graves de forma reiterada, ostentando, ainda, diversas anotações de processos em andamento, recomendando uma melhor avaliação do requisito subjetivo. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.052/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/4/06), afirmou que "Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP - para dele excluir a referência ao exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada" (sem grifos no original).

*4. Ordem denegada. (HC nº 197.918/SP, Quinta Turma, relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 19/12/2011)*

B - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO NA AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO.

REAVALIAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. FALTA GRAVE. INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE. COMUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO PREVISÃO LEGAL. [...]

2. O exame do preenchimento dos requisitos subjetivos pelo sentenciado, estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal, não se coaduna com a via eleita, por demandar análise fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

*5. Ordem parcialmente concedida para, cassando, em parte, o acórdão impugnado, restringir a interrupção da contagem do prazo de cumprimento da pena somente para fins de progressão de regime. Mantida a decisão do juízo das execuções, indeferitória do pedido de livramento condicional, pelo não-atendimento ao requisito subjetivo." (HC nº 176.742/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 4/5/2011.)*

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

Publique-se.

Intime-se.

Alega o agravante que "a decisão agravada está em confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois a decisão impugnada, ao considerar ilegal a utilização de habeas corpus como sucedâneo de recurso especial, suprimiu o direito à utilização de uma garantia constitucional hábil a assegurar a liberdade de locomoção do paciente. O eventual cabimento de recurso especial não é requisito de admissibilidade de habeas corpus" (fl. 79).

Quanto ao mérito afirma que "com o advento da Lei n 10.792/03, que alterou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, a concessão da progressão de regime fica subordinada ao cumprimento de 'ao menos um sexto da pena no regime anterior' e à apresentação de ' bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento', deixando o exame criminológico de ser requisito obrigatório para a concessão de benefícios na execução da pena" (fls. 82/83).

Assevera, ainda, que "a falta grave praticada pelo paciente foi fato isolado durante a execução da pena, situação pela qual já cumpriu a devida punição, inexistindo qualquer fato posterior que desabone a conduta do mesmo" (fl. 83).

Assim, pleiteia "seja reconsiderada a decisão monocrática, concedendo-se a ordem de habeas corpus, para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais que deferiu ao paciente a progressão para o regime semiaberto. Caso assim não se entenda, a remessa do agravo regimental à Turma, para lhe dar provimento, nos termos anteriormente expostos" (fl. 85).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 243.041 - SP (2012/0102591-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Inicialmente, importante esclarecer que, a par de o impetrante não utilizar, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, foram analisadas as questões suscitadas na inicial para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

De fato, não se constatou patente constrangimento ilegal impingido ao paciente, razão pela qual negou-se seguimento ao **habeas corpus**, não prosperando, portanto, a irresignação trazida no presente agravo interno.

Com efeito, nos termos do que referido na decisão ora agravada, este Superior Tribunal possui entendimento pacífico no sentido de que o art. 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei n.º 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 da Súmula nº 439/STJ, **in verbis**:

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

O Tribunal de origem ao determinar a realização do exame criminológico, assim consignou (fls. 33/37):

Impende verificar, então, acerca da necessidade do exame criminológico.

A propósito, a alteração proporcionada pela Lei nº 10.792/03 ao artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) traz a perspectiva fenomenológica de que, para a progressão de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional ou o alcançamento de qualquer outro benefício, basta que o condenado cumpra certa quantidade da pena e exiba bom comportamento carcerário, de cunho exclusivamente disciplinar, atestado pelo Diretor do Estabelecimento Penal.

*Nada mais equivocado, contudo. Pode parecer, **prima facie**, que se estaria inaugurando uma nova era. Sim, no sentido de que se tornou desnecessário o requisito de ordem subjetiva para a benesse. Como se fora a era da desconstrução do princípio da individualização da pena.*

Isto porque o legislador, certamente açodado em alterar a realidade e desatento para com a sorte da sociedade, deliberou que bastaria o atestado fornecido pelo Diretor do Presídio para que o condenado, após ter alcançado certo lapso temporal no cárcere, pudesse obter benefícios, v.g., como o regime prisional mais brando.

Bem é de ver, entretanto, que o Direito Positivo ainda contempla a possibilidade da aferição d mérito do condenado para a obtenção de benefícios durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, como se deduz do artigo 33, § 2º, do Código Penal, ao condicionar a protensão à prévia avaliação do "mérito do condenado".

Convém ressaltar, nesse passo, que o "mérito, por seu turno, não consiste, unicamente, na boa ou ótima conduta carcerária por um determinado período. O sentenciado deverá comprovar e convencer o Juízo da Execução que reúne as condições necessárias para usufruir um regime mais favorável, consoante pronunciamento deste Augusto Tribunal de Justiça.

Demais disso, importa considerar que o regime semiaberto constitui estágio caracterizado, na atualidade, por significativo nível de recidiva, o que recomenda que não se despreze a avaliação de cunho subjetivo, com vistas a apontar o mérito ou demérito do candidato a progressão, mormente se condenado pelo cometimento de crimes graves (tráfico de drogas e associação para o tráfico), por força do qual o agravado experimentou a pena total de 18 (dezoito) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão a denotar ser portador de personalidade aparentemente distorcida.

Não bastasse isso, há de se levar em consideração o quadro comportamental do agravado, no âmbito do sistema prisional, eis que cometeu falta grave consistente em posse de celular, em 10/12/2008, a evidenciar tratar-se de pessoa cujo comportamento prisional exige melhor análise.

Desse modo, a não realização do exame criminológico tende a tornar duvidosa a possibilidade de o condenado ser reintegrado harmoniosamente a sociedade, como preconizado pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º.

Portanto, havendo dúvida se o condenado pode ou não obter o benefício, há que ser resolvida em favor da sociedade. E a sociedade não está obrigada a conviver novamente com quem ainda tem pena a cumprir, a menos que haja segurança absoluta quanto a sua readaptação, permitindo, assim, que o condenado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consiga o benefício, notadamente o regime semiaberto, por força do qual tem a possibilidade de passar parte do seu dia no convívio social.

(...)

Cumpra enfatizar, portanto, que a nova redação conferida ao artigo 112 da Lei de Execução Penal expungiu a obrigatoriedade da realização do exame criminológico. Mas não retirou ao juiz o poder, o discernimento e a sensibilidade de determina-lo quando esteja frente a pedido de agente, como na hipótese em tela, condenado por crime assemelhado aos hediondos e cujo comportamento prisional mostra-se pouco afeito a disciplina, evidenciado pelo cometimento de falta grave, entendendo-o, pois, necessário para melhor e segura avaliação do requisito subjetivo. Sob pena de precipitar o reenvio a sociedade de indivíduos cuja terapêutica penal, por sua curta ou insuficiente duração, depois se mostre de todo ineficaz, com sério comprometimento da segurança pública.

Em suma, verifica-se quão imperioso, na espécie, perscrutar-se e aferir-se o mérito do condenado - a cujo respeito não há ainda elemento de convicção suficiente e convincente - de modo a não deixar dúvida em torno da possibilidade de obter o regime semiaberto, sem acarretar qualquer risco a sociedade, donde ser de significativa utilidade a realização do exame criminológico a ser realizado por equipe multidisciplinar, tornando-se de rigor o provimento do agravo ministerial.

Diante desse contexto, não há que se falar em constrangimento ilegal, visto que o Tribunal Estadual, de forma fundamentada, justificou a necessidade da realização de exame criminológico, notadamente em função do cometimento de falta disciplinar, quando do transcurso da execução criminal.

Além disso, a desconstituição do que ficou decidido demandaria necessário reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que, sabidamente, é incompatível com a estreita via do **habeas corpus**.

Nesse sentido, confirmam-se:

A - HABEAS CORPUS. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME E DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. DEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PERICULOSIDADE CONCRETA. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. O art. 112 da Lei de Execução Penal, com sua nova redação, dada pela Lei n.º 10.792/93, dispõe ser necessário, para a concessão de benefícios como a progressão de regime e do livramento condicional, apenas o preenchimento cumulativo dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos objetivo e subjetivo - ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento -, sem tratar da necessidade de exame criminológico,

2. Contudo, a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitado quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, tal como ocorre na espécie, em que o Paciente praticou crimes graves de forma reiterada, ostentando, ainda, diversas anotações de processos em andamento, recomendando uma melhor avaliação do requisito subjetivo. *Precedentes.*

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.052/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/4/06), afirmou que "Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP - para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada" (sem grifos no original).

4. Ordem denegada. (HC nº 197.918/SP, Quinta Turma, relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe 19/12/2011)

B - HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO NA AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. REAVALIAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. FALTA GRAVE. INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME. CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE. COMUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO PREVISÃO LEGAL. [...]

2. O exame do preenchimento dos requisitos subjetivos pelo sentenciado, estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal, não se coaduna com a via eleita, por demandar análise fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida para, cassando, em parte, o acórdão impugnado, restringir a interrupção da contagem do prazo de cumprimento da pena somente para fins de progressão de regime. Mantida a decisão do juízo das execuções, indeferitória do pedido de livramento condicional, pelo não-atendimento ao requisito subjetivo." (HC nº 176.742/SP, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 4/5/2011.)

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao agravo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0102591-3

AgRg no
HC 243.041 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 668238

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ JUNIOR FERREIRA RABELO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAS JOSÉ BENEDITO (PRESO)
ADVOGADO : RÔMULO COELHO DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JONATHAS JOSÉ BENEDITO (PRESO)
ADVOGADO : RÔMULO COELHO DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.