



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.137 - SP (2013/0167252-5)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ MÁRIO DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROGRESSÃO DE REGIME. DEFERIMENTO, PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. DECISÃO REFORMADA, EM 2º GRAU, PELA NECESSIDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO. NATUREZA DO DELITO E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **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", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Na hipótese, existe constrangimento ilegal. Conquanto não mais se exija, a partir da Lei 10.793/2003 – que deu nova redação ao art. 112 da Lei 7.210/84 –, a realização de exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminológico, como requisito indispensável à concessão da progressão de regime, cabe ao magistrado decidir, caso a caso, pela necessidade ou não de sua realização, devendo, nas hipóteses de indeferimento do pedido, bem como naquelas em que julgar necessário o exame, fundamentar a decisão em dados concretos, acerca do reeducando. Precedentes.

VI. Todavia, não é cabível a realização de exame criminológico para fins de progressão de regime, na hipótese em que a necessidade do exame está fundamentada na natureza do crime e no fato de o apenado ser reincidente específico, pois o Órgão julgador invocou, para tanto, elementos estranhos à execução penal. Consoante a jurisprudência do STJ, “o juiz ou tribunal devem se ater, quando da análise dos requerimentos e incidentes da fase executória, aos fatos ocorridos durante o cumprimento da pena” (STJ, HC 269237/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 01/07/2013).

VII. **Habeas corpus** não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão, proferido nos autos do Agravo em Execução Penal (0250354-31.2012.8.26.0000), e restabelecer, em consequência, a decisão de 1º 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 SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.137 - SP (2013/0167252-5)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ MÁRIO DA SILVA, apontando, como autoridade coatora, a Décima Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a impetrante que, tendo em vista o cumprimento dos requisitos, exigidos pelo art. 112 da Lei de Execuções Penais, o paciente, que se encontra cumprindo pena de reclusão, em regime fechado, requereu progressão ao regime semiaberto, tendo o Juízo de 1º Grau deferido o pleito e promovido o sentenciado ao regime intermediário (fls. 1/5e).

Inconformado, o Ministério Público interpôs Agravo de Execução, perante o Tribunal **a quo**, que, por unanimidade, deu-lhe provimento, para, revogando a decisão que promovera o agravado ao regime semiaberto, determinar fosse ele submetido a exame criminológico, para fins de posterior análise da presença do requisito subjetivo, necessário ao atendimento do pedido (fls. 6/11e).

Neste **writ**, afirma a impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto o Tribunal de 2º Grau não poderia condicionar a concessão do benefício à realização de exame criminológico, uma vez que não está previsto em lei, e por ter o Juízo de 1º Grau dispensado a realização do referido exame, pois atendidas as exigências legais.

Requer, nesse contexto, o deferimento de liminar, para que o paciente seja mantido no regime semiaberto, e a concessão da ordem, para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a decisão de 1º Grau, ou que "o exame criminológico seja realizado sem prejuízo de manter o reeducando no regime mais benéfico" (fl. 5e).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 17/18e).

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de 1º Grau, foram devidamente prestadas (fls. 28/29e e 34/40e).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, opinou pela denegação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem (fls. 43/46e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.137 - SP (2013/0167252-5)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus** substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Portanto, o presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, não merece ser conhecido.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

In casu, há constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, de ordem de **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, deferida a progressão ao regime semiaberto, em 1º Grau, foi interposto Agravo em Execução, pelo Ministério Público, no Tribunal de origem, ao qual foi dado provimento, para cassar a concessão de progressão de regime, deferida em Primeira Instância, e determinar a realização de exame criminológico, por ser o paciente reincidente específico, conforme se verifica do seguinte excerto:

"Trata-se de agravo em execução de iniciativa ministerial contra a r. decisão de fls. 11/12, que, em 1º de outubro de 2012, deferiu ao sentenciado José Mário da Silva (Execução 727.090) progressão ao regime prisional semi-aberto.

Pugna, em suma, seja cassado o benefício concedido, por não possuir o sentenciado mérito necessário, ou, alternativamente, para que seja submetido a exame criminológico (fls. 14/22).

Sustenta, a propósito, que o sentenciado cumpre considerável pena, decorrente de condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo reincidente específico, e que, no caso em tela, era imprescindível a realização do exame criminológico para a demonstração do mérito.

O agravado cumpre pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, decorrente de condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com término de cumprimento de pena previsto para 26/05/2015 (fls. 5/7).

Contra-minutado o agravo (fls. 26/29), foi mantida a r. decisão agravada (fl. 30).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do agravo (fls. 33/34).

É o breve relato.

O agravo procede.

A presença do requisito objetivo restou incontroversa.

No entanto, pelo que verte dos autos, não está presente a demonstração do mérito necessário ao deferimento da progressão.

É certo que o procedimento a ser observado no processamento de incidente relativo a esta espécie de benefício, considerada a inovação legislativa operada pela Lei 10.792/03, não mais impõe a realização de exame criminológico.

No entanto, **observado o princípio reitor da execução criminal, o *in dubio pro societate*, a avaliação do mérito é imprescindível para análise dos pedidos de benefício em geral, bem como que o exame criminológico, a teor do art. 96, da LEP, embora sua realização não seja indispensável, ainda constitui importante instrumento da execução penal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, **nada impede que, em casos excepcionais, o exame criminológico seja utilizado como recurso adicional na análise de pedido de benefício.**

Nesse sentido, aliás, é o enunciado da Súmula Vinculante 26, do Excelso Supremo Tribunal Federal, e da Súmula 439, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

O comportamento carcerário e a ausência de faltas disciplinares, por si, não se constituem em elementos suficientes para a demonstração do mérito (fls. 4 e 5/7).

No caso em tela, consideradas a natureza do crime imputado ao sentenciado, bem como o fato de o agravado ser reincidente específico, não há como se negar seus contornos de excepcionalidade, a demandar a demonstração de elementos concretos de introjeção da terapêutica penal, o que não ocorreu.

É preciso assinalar, a propósito, que o regime intermediário, embora não importe em liberdade, constitui regime de menor rigor penitenciário.

Era de rigor, portanto, a realização do exame criminológico.

Como se vê, gravada a excepcionalidade da presente espécie, a insurgência ministerial comporta provimento.

Fica determinada, portanto, em caso de novo pleito, a realização do exame criminológico.

Face ao exposto, meu voto **dá provimento ao recurso, para cassar o benefício de progressão ao regime semi-aberto, concedido a José Mario da Silva (Execução 727.090), com consequente retorno ao regime fechado, com determinação"** (fls. 8/11e).

O acórdão restou assim fundamentado:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – DEFERIMENTO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO – RECURSO MINISTERIAL – AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO – SENTENCIADO REINCIDENTE CUMPRE PENA DECORRENTE DE CONDENAÇÃO POR CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – RECOMENDAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA INSTRUÇÃO DE NOVO PEDIDO DE PROGRESSÃO, NOS TERMOS DA SÚMULA 439 DO COL. STJ – RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO" (fl. 8e).

É certo que, com o advento da Lei 10.793/2003 – que deu nova redação ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 112 da Lei de Execução Penal –, não mais se exige a realização de exame criminológico, como requisito indispensável à concessão da progressão de regime. Contudo, cabe ao magistrado decidir, caso a caso, pela necessidade ou não de sua realização, devendo, nas hipóteses de indeferimento do pedido, bem como naquelas em que julgar necessário o exame, fundamentar a decisão em dados concretos, ocorridos no curso da execução da pena, acerca do reeducando.

Por oportuno, trago à colação a Súmula Vinculante 26/STF e a Súmula 439 deste Superior Tribunal de Justiça:

"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**" (Súmula Vinculante 26/STF).

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

Todavia, na hipótese em exame, não é cabível a realização de exame criminológico para fins de progressão de regime, na hipótese em que a necessidade do exame está fundamentada na natureza do crime e no fato de o apenado ser reincidente específico pois o Órgão julgador invocou, para tanto, elementos estranhos à execução penal. Consoante a jurisprudência do STJ, "o juiz ou tribunal devem se ater, quando da análise dos requerimentos e incidentes da fase executória, aos fatos ocorridos durante o cumprimento da pena" (STJ, HC 269237/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 01/07/2013).

A propósito:

"EXECUÇÃO PENAL. RECLAMAÇÃO. ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME AFASTADO POR ESTA CORTE SUPERIOR. DECISÃO DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS. REQUISITO OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL DE 1/3. **RÉU REINCIDENTE**. ALEGADO DESCUMPRIMENTO. OCORRÊNCIA. PEDIDO PROCEDENTE.

1. A reclamação é um remédio destinado a preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça ou para garantir a autoridade de suas decisões, sempre que haja indevida usurpação por parte de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outros órgãos de sua competência constitucional, nos termos do art. 105, I, f, da Constituição Federal.

2. Verifica-se flagrante desrespeito à autoridade da decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, que afastou o óbice à progressão e determinou o exame dos requisitos objetivos e subjetivos pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, em razão da exigência de lapso temporal de 1/3 para o preenchimento do requisito objetivo, bem como negar o direito do apenado, por ser reincidente específico, à progressão de regime, em virtude da hediondez do crime, extrapola os requisitos previstos no art. 112 da LEP.

3. Reclamação procedente (STJ, Rcl 2.886/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 16/03/2009).

Colhe-se, das informações prestadas, em 17/06/2013, pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Marília/SP, **in verbis**:

"- o Paciente cumpre pena no total de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão. Teve início em 07.08.2008 e tem término previsto para 26.05.2015.

- O paciente cumpre pena em regime fechado na Penitenciária de GETULINA.

- Teve deferida a progressão ao regime semiaberto em 01.10.2012 e houve recurso do Ministério Público (AGRAVO 00250354.31.2012) que acolhido determinou o retomo ao regime fechado e realização de exame criminológico.

- O sentenciado durante o período em que esteve no regime semiaberto não apresentou qualquer incidente que pudesse ser causa de revogação do benefício.

- O exame criminológico não foi realizado em razão do sentenciado estar acometido de doença que o levou a internação do CHSP retomando somente em 04.06.p.p.

- Nesta data determinei o reagendamento do exame" (fl. 28e).

Apesar de não ter sido juntada, ao presente **writ**, a decisão de 1º Grau que deferiu, ao paciente, a progressão ao regime semiaberto, infere-se dos autos, especialmente das informações de fl. 28e, que inocorreu qualquer incidente no curso da execução penal – o que levou o Juízo a deferir a progressão ao regime semiaberto –, ou mesmo após o deferimento do regime intermediário ao paciente.

Dessa forma, não havendo, no acórdão impugnado, fundamentação idônea,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base em elementos concretos, ocorridos no curso da execução penal, que demonstrem o demérito do condenado e que justifiquem a negativa de progressão de regime prisional, deve ser reconhecida a ilegalidade do **decisum**.

Pelo exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para cassar o acórdão, proferido nos autos do Agravo em Execução Penal (0250354-31.2012.8.26.0000), e restabelecer, em consequência, a decisão de 1º Grau, que deferiu, ao paciente, a progressão para o regime semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0167252-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 271.137 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02503543120128260000 20130000056835 2503543120128260000 727090

EM MESA

JULGADO: 10/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ MÁRIO DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.