



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.410 - SP (2014/0015960-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
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 : ROGER LUIZ MADALENO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO *REFORMATIO IN PEJUS*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. Não há constrangimento ilegal no indeferimento da progressão de regime prisional, em razão da ausência de cumprimento do requisito subjetivo, visto que o paciente praticou falta grave em 2009, consistente em abandono do regime semiaberto, tendo sido recapturado aproximadamente 2 meses depois.

3. Não é dado ao Tribunal de Justiça estadual, em recurso exclusivo da defesa, previamente condicionar a progressão de regime prisional à prévia realização de exame criminológico, porquanto referido exame, em momento nenhum, foi exigido pelo Juízo das Execuções Criminais, sob pena de incidir na inadmissível *reformatio in pejus*.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para cassar o acórdão impugnado no ponto em que condicionou a nova apreciação do requisito subjetivo à realização de exame criminológico (Execução Penal n. 547.106).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de maio de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.410 - SP (2014/0015960-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

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 : ROGER LUIZ MADALENO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

ROGER LUIZ MADALENO, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução n. 0152387-49.2013.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que as instâncias ordinárias indeferiram o pedido de progressão de regime do paciente, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Lei n. 10.792/2003 não mais exige o exame criminológico do reeducando para a instrução do pedido de progressão de regime.

Considera que o fato de o paciente ostentar longa pena por cumprir e de os crimes por ele praticados serem graves não constituem fundamentos idôneos a ensejar o indeferimento do pleito de progressão.

Defende que estariam preenchidos ambos os requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal e afirma que as faltas disciplinares cometidas pelo paciente não poderiam continuar a produzir efeitos depois da reabilitação.

Alega que não poderia o tribunal estadual, em recurso exclusivo da defesa, piorar a situação do sentenciado, ao determinar a realização de exame criminológico, "uma vez que, como é sabido, a realização de tal providência atrasa a apreciação do benefício" (fl. 10).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente e no mérito, seja concedida a progressão do paciente ao regime semiaberto. Subsidiariamente, pugna pela cassação do acórdão impugnado "determinando-se que outro seja proferido, levando-se em consideração tão somente os requisitos legais e, por conseguinte, reconhecida a impossibilidade de determinação de realização de exame criminológico" (fl. 11).

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.410 - SP (2014/0015960-1) EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO *REFORMATIO IN PEJUS*. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. Não há constrangimento ilegal no indeferimento da progressão de regime prisional, em razão da ausência de cumprimento do requisito subjetivo, visto que o paciente praticou falta grave em 2009, consistente em abandono do regime semiaberto, tendo sido recapturado aproximadamente 2 meses depois.

3. Não é dado ao Tribunal de Justiça estadual, em recurso exclusivo da defesa, previamente condicionar a progressão de regime prisional à prévia realização de exame criminológico, porquanto referido exame, em momento nenhum, foi exigido pelo Juízo das Execuções Criminais, sob pena de incidir na inadmissível *reformatio in pejus*.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para cassar o acórdão impugnado no ponto em que condicionou a nova apreciação do requisito subjetivo à realização de exame criminológico (Execução Penal n. 547.106).

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Depreende-se dos autos que o paciente cumpre pena de 17 anos, 10 meses e 6 dias de reclusão, pela prática de três crimes de roubo majorado e um roubo simples (Execução Criminal n. 547.106).

Em 5.3.2013, o juiz singular da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Tupã/SP indeferiu a progressão do paciente para o regime **semiaberto**, por entender ausente o requisito subjetivo, nos seguintes termos (fls. 22/23):

O reeducando, reincidente, ostenta quatro condenações por roubo qualificado sendo dois na forma tentada, onde, ora agindo com simulacro de arma de fogo, ora agindo com agressões físicas e ora com uso de faca, subtraiu ou tentou subtrair para si carteiras com documentos pessoais até dinheiro em espécie além de um aparelho celular. O sentenciado, em seus delitos, demonstra que faz da prática criminoso meio de vida. Nem se cogite, ainda que eventualmente, que a gravidade dos crimes já foi considerada no momento da condenação e que, por isso, utilizá-las para indeferir a progressão caracterizaria bis in idem. Os delitos praticados integram a própria extensão do grau de perigo que o sentenciado apresenta à sociedade, dele não podendo ser dissociado. Vale dizer, a gravidade do fato delituoso denota a acentuada periculosidade do reeducando em sentido amplo, ou no conceito da chamada periculosidade criminal elaborado por De Plácido e Silva (...) O delito cometido pelo condenado deixa claro seu enraizamento na vida delituosa, seu alto nível de periculosidade inviabiliza, tão cedo, o seu retorno na sociedade.

Outrossim, ao abandonar o regime semiaberto de cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de pena, o sentenciado frustrou as expectativas que lhe foram depositadas pela sociedade e pelo Juízo, deixando explicitado seu forte ligamento com a vida delituosa, não mantendo a autodisciplina necessária, mostrando-se como uma ameaça ao meio social, presumindo a sua periculosidade. Ademais, a boa conduta carcerária atestada a fls. 3, "pode significar que o condenado apenas bem se adapta aos padrões da sociedade prisional, opostos aos da sociedade dos homens livres..." (...) (Destaquei)

O tribunal de origem, por sua vez, manteve o entendimento de que não teria sido preenchido o requisito subjetivo, consoante a seguir descrito (fls. 35/37):

O recorrente ostenta bom comportamento carcerário, é verdade (fls. 03).

Entretanto, esse documento, por si só, não se mostra suficiente a possibilitar que o condenado obtenha o benefício pretendido. Não se mostra suficiente nem mesmo a apontar que o condenado esteja efetivamente preparado para o retorno à vida em sociedade.

(...)

*Não bastasse isso, deve ser mencionado o **fato de que o condenado praticou falta grave em 2009, consistente em abandono do regime semiaberto, sendo recapturado aproximadamente 02 meses depois, o que demonstra total ausência de absorção da terapêutica penal.***

(...)

É importante frisar que o lapso temporal foi atingido, sendo necessário, portanto, apenas uma análise técnica elaborada pela Comissão Técnica de Classificação, apta a avaliar as condições psicológicas do sentenciado, para assim, avaliar o mérito para receber ou não a benesse pleiteada.

*Assim, de rigor a manutenção da r. decisão, condicionada a nova apreciação após a realização do competente exame criminológico. Isto posto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso interposto por **Roger Luiz Madaleno**, para que seja submetido a realização do competente exame criminológico e posterior análise da benesse. (Destaquei)*

Com o advento da Lei n. 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, o requisito **subjetivo** para a progressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de regime, antes avaliado por um conjunto de fatores, passou a ser comprovado pelo atestado de bom comportamento carcerário, emanado pelo diretor do estabelecimento prisional em que se encontrar o sentenciado.

Assim, para a progressão de regime prisional, basta o preenchimento dos requisitos objetivo (lapso temporal) e subjetivo (mérito do apenado), a saber:

*Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e **ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento**, respeitadas as normas que vedam a progressão.*(Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Sobre a matéria posta em discussão, vale trazer a lição de Renato Marcão:

Quer queira quer não, o atestado agora exigido não deixa de ser uma forma de estabelecer uma certa prognose, e "a previsão é, na verdade, necessária ao legislador que edita normas penais, ao julgador que aplica sanções e à administração que as executa", segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANOEL DA COSTA ANDRADE.

Comportando-se de forma ajustada no ambiente prisional o preso terá "bom comportamento carcerário", vale dizer, terá mérito. Estará, em tese, subjetivamente apto para eventual benefício.

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 conduta carcerária.

(In: Curso de Execução Penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167/168)

Não obstante, esta Corte Superior possui o entendimento no sentido de que "com as alterações trazidas pela Lei n.º 10.792/03, o exame criminológico deixa de ser requisito obrigatório para a progressão de regime, **podendo, todavia, ser determinado de maneira fundamentada pelo Juiz da execução de acordo com as peculiaridades do caso.**" (HC n. 122.486/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

04/04/2011).

Vale dizer, embora não mais se exija, de plano, a realização de exame criminológico, o juiz singular da Vara de Execuções Criminais ou mesmo o Tribunal de Justiça estadual podem, de forma devidamente fundamentada e diante das peculiaridades do caso concreto, determinar a realização do referido exame para a formação do seu convencimento acerca do implemento do requisito subjetivo.

Nesse sentido, foi editada a Súmula n. 439/STJ: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

No caso vertente, verifico que as instâncias ordinárias entenderam não ser devida a progressão de regime prisional do paciente, em razão da **ausência de cumprimento do requisito subjetivo**, sobretudo porque praticou falta grave em 2009, consistente em **abandono do regime semiaberto**, tendo sido recapturado aproximadamente 2 meses depois (fl. 36).

Não obstante, verifico que o tribunal, **em recurso exclusivo da defesa**, além de manter o indeferimento do benefício, condicionou a progressão de regime prisional à prévia realização de exame criminológico, em evidente *reformatio in pejus*, porquanto referido exame, em momento nenhum, foi exigido pelo Juízo das Execuções Criminais.

Em caso semelhante, este Superior Tribunal já decidiu:

Não pode, portanto, o Tribunal a quo, em recurso exclusivo da defesa, agravar a situação do recorrente, ao considerar ausente o pressuposto objetivo e condicionar a análise do requisito subjetivo à realização de exame criminológico.

Assim, há evidente constrangimento ilegal a ser sanado na hipótese, porquanto a Corte de origem agravou a situação do Paciente, em recurso exclusivo da defesa, violando, assim, o princípio da reformatio in pejus.

(HC n. 159.858/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5T, DJe 11.10.2010).

Vale evidenciar que a proibição da *reformatio in pejus*, derivação da regra mais ampla do *favor rei* (GILBERTO LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 115) traduz-se na vedação a que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em recurso interposto exclusivamente pelo acusado, o Tribunal *a quo* agrave a situação do recorrente, em relação à decisão impugnada, aceita pelo acusador. Proíbe-se, outrossim, a *reformatio in pejus indireta*, para impedir que, nos casos em que a decisão impugnada pelo acusado vem a ser anulada pelo tribunal, a nova decisão venha a ser mais gravosa aos interesses da defesa.

O princípio do *ne reformatio in pejus* é adotado, no plano dogmático, pela generalidade dos países ocidentais, sendo de destacar-se que, no Brasil, embora seja positivado no art. 617 do Código de Processo Penal, não encontra previsão constitucional.

Entendo que o verdadeiro fundamento do princípio em estudo reside em uma opção de política criminal do processo penal praticado hodiernamente, mais voltado à proteção do inocente do que à punição do acusado. Em verdade, antes do interesse do Estado em punir o infrator, encontra-se o interesse, do mesmo Estado, em tutelar a liberdade individual daquele que se encontra na posição de acusado.

Sob tal orientação finalística da atividade punitiva do Estado, e certo de que o direito de defesa encontra na possibilidade de recorrer uma de suas principais expressões, “(...) a proibição da *reformatio in peius se perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito*” (MARIANGELA MONTAGNA, *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*, in A. Gaito, (org.), *Le impugnazioni penali*, Torino: Utet, 1998, p. 377), pois a finalidade da impugnação é precisamente a de eliminar ou amenizar um precedente provimento que se mostre, ou se afirme, injusto manter.

Não pudesse o acusado, por temer o agravamento de sua situação penal e processual, livremente exercitar a sua defesa, “*com os meios e recursos a ela inerentes*” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV), restaria tal direito esvaziado, gerando-se, por outro lado, o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, enquanto destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade.

Assim, à luz dessa concepção garantidora dos direitos do acusado em um processo penal, entendo que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao dizer o direito, não poderia, **em recurso exclusivo da defesa**, condicionar a análise do requisito subjetivo à realização de exame criminológico.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder** a ordem postulada, tão somente para cassar o acórdão impugnado no ponto em que condicionou a nova apreciação do requisito subjetivo à realização de exame criminológico (Execução Penal n. 547.106).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0015960-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 287.410 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01523874920138260000 1523874920138260000 547106

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

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 : ROGER LUIZ MADALENO (PRESO)

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.