



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.696 - SP (2015/0258386-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANO ALENCAR NEGRÃO CASERTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO REIS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. DECISÃO CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 439 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTURBADO HISTÓRICO CARCERÁRIO DO PACIENTE. PRÁTICA DE NOVO DELITO DURANTE LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

O art. 112 da Lei de Execução Penal - LEP, alterado pela Lei n. 10.792/2003, não aboliu a realização do exame criminológico para avaliar o requisito subjetivo do apenado, sendo permitida sua realização, desde que haja fundamentação concreta demonstrando a necessidade da avaliação. Entendimento da Súmula n. 439/STJ.

A exigência da perícia técnica deve ser fundamentada em elementos concretos, constantes da execução da pena, que atestem o demérito do apenado.

No caso em comento, o acórdão recorrido salientou a necessidade da realização do exame criminológico com base no conturbado histórico carcerário do paciente, o qual praticou novo delito – tráfico de drogas – enquanto gozava do benefício do livramento condicional, anteriormente concedido.

Habeas corpus não conhecido.

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 *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.696 - SP (2015/0258386-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : LUCIANO ALENCAR NEGRÃO CASERTA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO SÉRGIO REIS DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO SÉRGIO REIS DOS SANTOS contra acórdão da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado em Execução n. 0037896-92.2014.8.26.0000).

Extraí-se dos autos que o Ministério Público interpôs agravo em execução contra decisão que concedera ao paciente a progressão para o regime aberto. O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 125):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Regime aberto. Requisito subjetivo - Mérito do condenado. Ausência de exame criminológico - Necessidade - Súmula n. 439 do C. STJ - Condenação por crimes de alta lesividade social, sobretudo, nos casos de crimes equiparados a hediondos - Recidiva em comportamentos delinquentes - Prisão em flagrante durante período de livramento condicional - Não comprovação do mérito do sentenciado para inserção no regime mais brando, pautado pelo senso de responsabilidade e autodisciplina - Primado do in dubio pro societate na execução penal. Recurso provido.

No presente *writ*, a impetrante alega que "*analisando-se o artigo 112, da Lei de Execução Penal, verifica-se que o paciente preenchia todos os requisitos, inclusive os subjetivos, para a concessão da progressão para o regime aberto*". Sustenta que a determinação de realização de exame criminológico configura constrangimento ilegal.

Pleiteia, em liminar e no mérito, que seja reconhecida a desnecessidade de realização de exame criminológico e restabelecida a decisão de primeiro grau. Subsidiariamente, requer que, caso seja considerada necessária a realização do exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminológico, o paciente possa aguardar em liberdade.

Indeferida a liminar (fls. 144/145) e prestadas as informações solicitadas (fls. 154/155 e 176), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 179/184).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.696 - SP (2015/0258386-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, constate-se a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de eventual ilegalidade.

Quanto à necessidade de realização de exame criminológico para a verificação do preenchimento do requisito subjetivo, a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei n. 10.792/2003 não proibiu a realização do exame criminológico, quando concretamente fundamentada a necessidade da avaliação do apenado, tampouco impediu a sua utilização para a formação do convencimento sobre o direito de progressão de regime. A matéria foi, inclusive, objeto do Enunciado Sumular n. 439 do Superior Tribunal de Justiça:

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

Na hipótese em comento, o Tribunal de origem, ao reformar a decisão de piso, entendeu ser necessária a realização de exame criminológico antes da análise do preenchimento do requisito subjetivo, sob os seguintes fundamentos (fls. 127/130):

Na espécie, o que chama a atenção é o fato de que o agravado jamais foi submetido a exame criminológico, de modo que com base nas informações coligidas apenas a partir do atestado de bom comportamento carcerário, dificilmente se extraem elementos suficientes para um adequado juízo sobre o mérito do condenado.

Este raciocínio conflui, inclusive, com a lógica cristalizada na Súmula nº 439 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, verbis: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Com efeito, o artigo 112 da Lei nº 7.210/84, na redação dada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela novel Lei nº 10.792/2003, não deve ser interpretado de maneira restritiva, como se houvesse um mandamento proibitivo quanto à realização do exame criminológico. Ao contrário, em matéria de progressão de regime, exige-se do magistrado um prognóstico que zele pela completude do quadro psicossocial acerca da figura do sentenciado, o que só se pode alcançar por meio do competente exame criminológico, como sugere o artigo 8º, parágrafo único, da mesma Lei nº 7.210/84.

Neste aspecto, atente-se a paradigmático sodalício a orientar a matéria em questão, mesmo não havendo obrigatoriedade quanto à realização do exame criminológico:

(...)

Insta destacar, neste caso, que o agravado foi condenado por crimes de alta lesividade social (crimes contra o patrimônio e a saúde pública, conforme F.A. de fls. 45/53), alguns deles equiparados a hediondos, logo de especial gravidade sob a ótica constitucional (CR, artigo 5º, XLIII). Portanto, é de se exigir que a execução penal mantenha coerência com o rigor punitivo instituído por norma hierarquicamente superior, estatuída pelo constituinte, assim como sua progressividade deve estar em harmonia com o poder geral de cautela de que todo magistrado está imbuído (CPC, art. 798).

Outro aspecto relevante acerca do presente caso, a indicar a periculosidade latente do agravado, reside no fato de que este foi preso em flagrante por crime de tráfico de drogas em 25.09.2007, durante o período de livramento condicional concedido anteriormente, e pelo qual acabou sendo condenado (v. sentença condenatória, fls. 58/67).

A recidiva em comportamento gravíssimo, cujo tratamento está no mais elevado patamar de rigor no ordenamento constitucional e penal brasileiro, demonstra, no mínimo, que seria temerário prover a inserção do agravado no regime mais brando, pautado pelo senso de responsabilidade e autodisciplina do condenado (CP, artigo 36, caput), sem que haja o devido embasamento probatório.

Afinal, não se pode olvidar que a progressão de regime no direito penal brasileiro assumiu claramente um vetor de progressividade, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal, calcado no mérito do condenado.

Por outro lado, embora se sustente que o agravado tenha desenvolvido atividades relacionadas a trabalho e estudo, nota-se, como bem ressalva o órgão ministerial, que as atividades laborterápicas foram exercidas por breve interstício de tempo, o que levanta incertezas quanto ao grau de readaptação social para mantê-lo em regime aberto, assim como quanto às condições materiais que teria para prover o próprio sustento.

Em suma, pelos motivos expostos e, sobretudo, pela não realização de prévio exame criminológico, reputo não comprovada a aptidão do sentenciado para seu ingresso no regime mais brando, devendo, por enquanto, permanecer no intermediário, até que se realize exame criminológico com resultado favorável à progressão de regime.

Como se vê, o acórdão impugnado salientou a necessidade da realização do exame criminológico com base no conturbado histórico carcerário do paciente, o qual praticou novo delito – tráfico de drogas – enquanto gozava do benefício do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

livramento condicional, anteriormente concedido.

Esta Corte tem entendido que a exigência da perícia técnica deve ser fundamentada em elementos concretos, constantes da execução da pena, que ateste o demérito do apenado.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. REQUISITO SUBJETIVO. DETERMINAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Com o advento da Lei n. 10.792/2003, embora não mais se exija, de plano, a realização de exame criminológico, o julgador pode, 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. Inteligência da Súmula n. 439 do STJ.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, de forma devidamente fundamentada, foi cassada a decisão que promoveu o paciente ao regime semiaberto, com a determinação da realização de exame criminológico para a aferição do requisito subjetivo, haja vista as peculiaridades do caso, notadamente o registro de sua prisão em flagrante pela prática de novo crime no gozo de regime aberto, anteriormente concedido.

3. Não é possível coatar a avaliação criteriosa do julgador acerca da conduta do apenado durante o cumprimento da pena, de modo a concluir sobre a sua provável incapacidade de se ajustar ao regime de maior liberdade, sob o risco de reduzir o magistrado a um mero chancelador de documento emitido pela direção prisional.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 308.121/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA AVALIAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. SÚMULA N. 439/STJ. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONTURBADO HISTÓRICO CARCERÁRIO DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior, o art. 112 da LEP, alterado pela Lei 10.792/2003, não aboliu a realização do exame criminológico para avaliar o requisito subjetivo do apenado, sendo permitida sua realização desde que haja fundamentação concreta demonstrando a necessidade da avaliação. Esse é o teor da Súmula n. 439/STJ.

- In casu, o Tribunal de origem determinou a realização da perícia técnica levando em conta o conturbado histórico carcerário do paciente que praticou três faltas graves e novo crime durante o período em que gozava do regime aberto, anteriormente concedido.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 279.677/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 18/11/2014)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PROGRESSÃO DE REGIME. MÉRITO DO CONDENADO. EXAME CRIMINOLÓGICO. REALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. DIVERSAS FALTAS DISCIPLINARES. ENUNCIADO SUMULAR 439/STJ. SÚMULA VINCULANTE 26/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não é vedado ao julgador determinar a realização dos exames periciais, desde que o faça de maneira fundamentada, atendendo não só à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, expressa no artigo 93, inciso, IX, da Constituição Federal, como à própria previsão do artigo 112, § 1º, da Lei de Execução Penal. Enunciado sumular n.º 439 desta Corte e Súmula Vinculante n.º 26 do STF.

3. Hipótese em que o tribunal de origem determinou a realização de exame criminológico para verificação do requisito, de ordem subjetiva, para obter a progressão. Amparou-se, para tanto, no histórico carcerário do paciente, o qual registra, inclusive, anterior abandono do regime semiaberto. Irrepreensível, portanto, o aresto atacado.

4. Writ não conhecido

(HC 294.666/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 17/10/2014).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. DECISÃO MOTIVADA EM DADOS CONCRETOS DA EXECUÇÃO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a 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 no intuito de 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. Não há se falar em constrangimento ilegal, visto que o Tribunal estadual, de forma fundamentada, justificou a necessidade da realização de exame criminológico com base em dados concretos aferidos durante a execução da pena, notadamente em razão das diversas faltas graves cometidas e também por ter praticado novo delito no gozo do benefício de livramento anteriormente deferido, motivação que pesa de maneira desfavorável ao sentenciado.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 289.993/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014)

Assim, evidenciado que o paciente praticou novo delito enquanto gozava de livramento condicional anteriormente concedido, não há que se falar em flagrante ilegalidade.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0258386-7

HC 338.696 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00378969220148260000 20150000842424 378969220148260000 671818

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANO ALENCAR NEGRÃO CASERTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO REIS DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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 habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.