



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000413734

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003879-63.2025.8.26.0996, da Comarca de Fernandópolis, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada JADY DESIREE DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao Agravo de Execução Penal interposto pelo Ministério Público para, afastada a preliminar suscitada, cassar a decisão recorrida, que concedeu a progressão de regime à agravada, e determinar o seu imediato retorno ao regime prisional semiaberto, a fim de que seja submetida ao exame criminológico. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Agravo de Execução Penal n. 0003879-63.2025.8.26.0996

Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Agravada: Jady Desiree da Silva

Origem: Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal de Presidente Prudente – DEECRIM 5ª RAJ

MMª. Juíza de Direito: Renata Biagioni

Voto n. 13.049

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO DEFERIDA NO JUÍZO DE ORIGEM. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR. OBRIGATORIEDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO, COM FUNDAMENTO NA NOVA REDAÇÃO DO §1º, DO ART. 112, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, DADA PELA LEI N. 14.843/2024. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MÉRITO. AVALIAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO CONDICIONADA À REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO, EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminar. A exigência de realização de exame criminológico para toda e qualquer progressão de regime, nos termos da Lei n. 14.843/2024, constitui "novatio legis in pejus", haja vista que incrementa requisito legal, tornando mais difícil alcançar regimes prisionais menos gravosos à liberdade, de modo que a retroatividade dessa norma se mostra inconstitucional, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e ilegal, de acordo com o disposto no art. 2º, do Código Penal. Precedentes do STJ (HC 949.222/SC – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Decisão monocrática – j. em 01/10/2024; RHC 200.670/GO – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – j. em 20/08/2024 – Dje de 23/08/2024) e do TJSP (Agravo de Execução Penal 0004943-79.2024.8.26.0047 – Rel. Des. Nogueira Nascimento - 12ª Câmara de Direito Criminal – j. em 23/09/2024; Agravo de Execução Penal 0011735-15.2024.8.26.0996 – Rel. Des. Leme Garcia - 16ª Câmara de Direito Criminal – j. em 20/09/2024; Agravo de Execução Penal 0011796-70.2024.8.26.0996 – Rel. Des. Toloza Neto - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. em 18/09/2024; Agravo de Execução Penal 0007036-78.2024.8.26.0996 - Rel. Des. Renato Genzani Filho - 11ª Câmara de Direito Criminal – j. em 14/08/2024). Desnecessária, por outro lado, a análise sobre a declaração incidental da inconstitucionalidade parcial da Lei n. 14.843/2024, no que se refere à alteração do §1º, do art. 112, da Lei de Execução Penal, uma vez que a referida alteração legislativa não pode ser aplicada ao presente caso.

2. Mérito. A sentenciada foi prematuramente beneficiada com a progressão de regime prisional, razão por que se deve cassar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a decisão do Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a fim de que a agravada retorne imediatamente ao regime fechado, procedendo-se à realização de exame criminológico.

3. Algumas circunstâncias de fato não bastam, só por elas, para obstaculizar a progressão de regime prisional a favor do reeducando. Entretanto, quando presentes, recomendam, sim, uma especial cautela na aferição do mérito do condenado para fins de progressão do regime prisional. Entre tais fatores de ponderação, de um modo geral, podem ser mencionados a amplitude da pena a cumprir, a natureza hedionda do crime objeto da condenação, a gravidade concreta dos atos praticados, a múltipla reincidência do agente, o histórico prisional conturbado do reeducando e a eventual conclusão desfavorável em avaliação psicológica ou social. Em situações desse jaez, poderá o Magistrado da Execução Penal valer-se de elementos informativos que vão além do simples atestado de bom comportamento carcerário. Poderá determinar a elaboração de exame criminológico para subsidiar a sua decisão, e poderá, até mesmo, indeferir o pedido de progressão de regime prisional quando julgar necessária a manutenção do sentenciado em regime de maior vigilância, seja para acautelar o corpo social, seja para viabilizar mais tempo para o reeducando assimilar a terapêutica penal, desde que a sua decisão apresente fundamentação idônea. Doutrina de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini; e de Guilherme de Souza Nucci. O exame criminológico é elemento informativo cuja elaboração pode ser determinada pelo juízo, desde que fundamentadamente, conforme entendimento jurisprudencial (Súmula Vinculante 26, do STF e Súmula 439, do STJ) e doutrinário (Nestor Távora – Rosmar Rodrigues Alencar; e Renato Brasileiro de Lima).

4. A jurisprudência remansosa e atual do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL admite, perfeitamente, a realização de exame criminológico enquanto condição para que o Juiz responsável pela execução penal do sentenciado possa avaliar o cabimento da progressão de regime prisional, desde que exista fundamentação idônea a respaldar a realização da mencionada avaliação técnica. Exemplificativamente, dentre os motivos que a CORTE SUPREMA entende suficientes para autorizar a realização de exame criminológico para fins de progressão, entre inúmeros outros, tem-se o eventual envolvimento do sentenciado com facção criminosa, o registro do cometimento de faltas disciplinares, as peculiaridades do caso concreto, a natureza de crime hediondo ou equiparado, a gravidade, condições e circunstâncias da conduta ilícita, bem como a extensão da pena imposta, e a reincidência do sentenciado, conforme se extrai dos seguintes julgados do STF: HC 199.901-AgR/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Primeira Turma - j. 14/06/2021; HC 198.604-AgR/SP - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. 19/04/2021; Rcl 46.246-AgR/CE - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. 13/04/2021; Rcl 45.676-AgR/AL - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Segunda Turma - j. 15/03/2021; HC 167.425/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. 01/03/2021; HC 185.689/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO -

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Primeira Turma - j. 15/12/2020; Rcl 42.743-AgR/SP - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. 15/09/2020; HC 181.239/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. 08/09/2020; Rcl 40.068-AgR/SP - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. 22/05/2020; Rcl 40.037-AgR/SP - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. 22/05/2020; HC 140.892/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. 18/02/2020.

5. Verificam-se motivos concretos e idôneos para se determinar a realização de exame criminológico. No caso concreto, além de se tratar de sentenciada condenada pela prática dos crimes previstos no art. 33, "caput" e no art. 35, "caput", ambos da Lei n. 11.343/06, com penal total de 08 (oito) anos de reclusão, cujo término de cumprimento está previsto para 07/04/2027, ostenta o registro de uma falta disciplinar de natureza grave (reabilitada em 04/09/2024), consistente em descumprimento de condição imposta em regime aberto anteriormente concedido, conforme o boletim informativo a fls. 17/23, a evidenciar periculosidade e personalidade desajustada ao convívio social. Esse quadro, ao menos por ora, reclama a manutenção da agravada em regime prisional mais rigoroso, porque não demonstrado o mérito para a progressão, o que deverá ser reavaliado após a realização de exame criminológico.

6. Agravo de Execução Penal parcialmente provido para, afastada a preliminar suscitada, cassar a decisão recorrida, que concedeu a progressão de regime à agravada, e determinar o seu imediato retorno ao regime prisional semiaberto, a fim de que seja submetida ao exame criminológico.

VOTO

Os presentes autos versam sobre Agravo de Execução Penal em face de decisão que concedeu à sentenciada a progressão para o regime prisional aberto (fls. 26/34).

Inconformado, o **Ministério Público do Estado de São Paulo** interpõe o presente recurso, sustentando, preliminarmente, a obrigatoriedade da sentenciada ser submetida a exame criminológico, para fins de progressão de regime, nos termos do art. 112, §1º, da Lei n. 7.210/84, com a redação dada pela Lei n. 14.843, de 11 de abril de 2024. No mérito, alega que há elementos concretos nos autos que justificam a realização do exame

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

criminológico. Assim, seja pela obrigatoriedade determinada pela lei, seja pela presença de elementos concretos, requer seja realizado o exame criminológico para a análise do preenchimento do requisito subjetivo para a concessão da benesse (fls. 01/09).

Em contrarrazões, a defesa requer o improvimento do recurso interposto (fls. 47/53).

Mantida a decisão recorrida (fls. 54), a **Procuradoria-Geral de Justiça** opina pelo provimento do Agravo de Execução Penal (fls. 61/65).

É o relatório.

Inicialmente, a questão preliminar suscitada pelo Ministério Público não merece prosperar.

Dispõe o art. 112, §1º, da Lei n. 7.210/84, com a redação dada pela Lei n. 14.843, de 11 de abril de 2024, que:

"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:

[...]

§1º. Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão."

Com efeito, a exigência de realização de exame criminológico para toda e qualquer progressão de regime, nos termos da Lei n. 14.843/2024, constitui "novatio legis in pejus", haja vista que incrementa requisito legal, tornando mais difícil alcançar regimes prisionais menos gravosos à liberdade, de modo que a retroatividade dessa norma se mostra inconstitucional, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e ilegal, de acordo com o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

disposto no art. 2º, do Código Penal.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"[...]

Decido.

A controvérsia deste *habeas corpus* se restringe à aplicação imediata das regras mais severas introduzidas pela Lei n. 14.843/2024 às execuções em curso, especificamente a vedação do direito à saída temporária prevista no art. 122, §2º da LEP ao condenado por crime hediondo praticado antes de sua vigência.

Segundo o aresto estadual, "considerando que o apenado cumpre pena por crime hediondo/praticado com violência/grave ameaça, e que a LEP, com alteração promovida pela Lei 14.843/2024, passou a impedir a concessão da saída temporária para tais hipóteses, a decisão que concedeu o benefício deve ser reformada" (fl. 15).

É de rigor a concessão da ordem.

As leis relacionadas à execução são de natureza penal, e não processual de aplicação imediata, pois dizem respeito à individualização da pena na fase do cumprimento da sentença e impactam direitos subjetivos do condenado (progressão de regime, livramento condicional, saídas temporárias, prisão domiciliar etc.).

Assim, não podem retroagir, salvo se forem mais benéficas ao reeducando, situação em que terão efeitos retroativos (art. 2º, parágrafo único, do CP).

Esta Corte não aplica de forma imediata as alterações legislativas mais rigorosas que afetam a execução penal. Em demandas relacionadas à progressão de regime, é firme a compreensão de que a "LEI N. 13.964/2019. PACOTE ANTICRIME. ALTERAÇÃO DOS PATAMARES DE PROGRESSÃO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. HIPÓTESE DE LEI PENAL POSTERIOR MAIS GRAVOSA. IRRETROATIVIDADE" (AgRg no HC n. 707.364/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 24/2/2022).

O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se benéfica (art. 5º, inciso XL, da CF), sempre foi respeitado no âmbito da execução, resultando, inclusive, na criação de súmulas. A Súmula n. 471/STJ, estabelece: "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional" (Súmula 471/STJ).

Em outro caso, o colegiado também considerou que "não pode ser negado o direito ao indulto ou a comutação das penas ao sentenciado cujos crimes, na época em que foram praticados, não eram considerados hediondos, pois entendimento contrário acarretaria violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa" (HC n. 221.535/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 13/3/2012, DJe de 2/4/2012).

Portanto, há um histórico de decisões judiciais que reconhecem como ilegal a aplicação retroativa de normas mais rigorosas que impactam benefícios do sistema progressivo. Menciono o seguinte acórdão: "A Lei 11.464/2007, introduzindo nova redação ao §2º do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, fixou lapsos mais gravosos à modificação do regime de cumprimento da pena, não podendo, dessa forma, ser aplicada aos crimes praticados antes da sua vigência" (HC n. 134.578/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 7/12/2010, DJe de 1/2/2011).

Não há razão para adotar essa interpretação para a progressão de regime (e o indulto), mas não às saídas temporárias.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão do Ministro André Mendonça, proferida no *Habeas Corpus* n. 240.770/MG, salientou que:

[...] tendo em vista o princípio da individualização da pena, o qual também se estende à fase executória, consistindo em inovação legislativa mais gravosa, faz-se necessária a incidência da norma vigente quando da prática do crime, somente admitida a retroatividade de uma nova legislação se mais favorável ao sentenciado (*novatio legis in melius*). [...] Assim, entendendo pela impossibilidade de retroação da Lei nº 14.836, de 2024, no que toca à limitação aos institutos da saída temporária e trabalho externo para alcançar aqueles que cumprem pena por crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra pessoa - no qual se enquadra o crime de roubo - , cometido anteriormente à sua edição, porquanto mais grave (*lex gravior*)? (grifei).

A propósito, a Sexta Turma, em recente julgado, afirmou a irretroatividade de outra alteração mais severa trazida pelo Pacote Anticrime, relacionada ao art. 112, §1º, da LEP. Confira-se:

[...] 1. A exigência de realização de exame criminológico para toda e qualquer progressão de regime, nos termos da Lei n. 14/843/2024, constitui *novatio legis in pejus*, pois incrementa requisito, tornando mais difícil alcançar regimes prisionais menos gravosos à liberdade.

2. A retroatividade dessa norma se mostra inconstitucional, diante do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e ilegal, nos termos do art. 2º do Código Penal.

3. No caso, todas as condenações do paciente são anteriores à Lei n. 14.843/2024, não sendo aplicável a disposição legal em comento de forma retroativa.

4. Recurso em *habeas corpus* provido para afastar a aplicação do §1º do art. 112 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 14.843/2024, determinando o retorno dos autos ao Juízo da execução para que prossiga na análise do pedido de progressão de regime.

(RHC n. 200.670/GO, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 23/8/2024).

No mesmo sentido, mudando o que deve ser mudado, menciono as seguintes decisões monocráticas: HC n. 926.021/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe 5/8/2024; HC n. 925.335/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, DJe 2/7/2024; HC n. 924.158/SP, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), DJe 1º/7/2024.

À vista do exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, *in limine*, para restabelecer a decisão do Juízo da execução, que deferiu ao paciente o direito à saída temporária.

Publique-se e intimem-se."

(STJ – HC 949.222/SC – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Decisão

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

monocrática – j. em 01/10/2024);

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. LEI N. 14.843/2024. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. CASOS COMETIDOS SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR. PRECEDENTES.

1. A exigência de realização de exame criminológico para toda e qualquer progressão de regime, nos termos da Lei n. 14.843/2024, constitui *novatio legis in pejus*, pois incrementa requisito, tornando mais difícil alcançar regimes prisionais menos gravosos à liberdade.

2. A retroatividade dessa norma se mostra inconstitucional, diante do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e ilegal, nos termos do art. 2º do Código Penal.

3. No caso, todas as condenações do paciente são anteriores à Lei n. 14.843/2024, não sendo aplicável a disposição legal em comento de forma retroativa.

4. Recurso em *habeas corpus* provido para afastar a aplicação do §1º do art. 112 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 14.843/2024, determinando o retorno dos autos ao Juízo da execução para que prossiga na análise do pedido de progressão de regime."

(STJ – RHC 200.670/GO – **Rel. Min. Sebastião Reis Júnior** – Sexta Turma – j. em 20/08/2024 – Dje de 23/08/2024).

Na mesma linha, julgados deste Tribunal de Justiça:

"EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 14.843/2024. OBRIGATORIEDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA EM PREJUÍZO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não pode retroagir lei em prejuízo do réu, uma vez que a nova legislação prevê fração obrigatoriedade da realização de exame criminológico, devendo ser utilizada a norma vigente na época, que faculta ao magistrado a realização do referido exame desde que fundamente sua necessidade.

2. Recurso não provido."

(TJSP - Agravo de Execução Penal 0004943-79.2024.8.26.0047 – **Rel. Des. Nogueira Nascimento** - 12ª Câmara de Direito Criminal – j. em 23/09/2024);

"AGRAVO EM EXECUÇÃO. Progressão ao regime semiaberto. Decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei n. 14.843/2024, no que tange à obrigatoriedade de realização do exame criminológico para a concessão da progressão de regime, e concedeu a progressão do agravado ao regime intermediário, sem a realização do aludido exame, porquanto considerou preenchidos os requisitos legais para tanto exigidos. Dispensa de exame criminológico. Recurso ministerial. Agravado que atendeu aos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

requisitos objetivo e subjetivo necessários à concessão do benefício. Única falta disciplinar de natureza grave reabilitada há mais de dois anos. Nova redação do §1º, do artigo 112, da Lei de Execuções Penais, dada pela Lei n. 14.843/2024. Novatio legis in pejus. Inviável a sua aplicação a fatos praticados antes da sua vigência. Desnecessidade de análise da declaração incidental da inconstitucionalidade parcial da Lei n. 14.843/2024, no que se refere à alteração do §1º, do artigo 112, da Lei de Execuções Penais, posto que a referida alteração legislativa não se aplica ao presente caso. Decisão que não comporta reparos. Livre convencimento motivado. Negado provimento ao recurso." (TJSP - Agravo de Execução Penal 0011735-15.2024.8.26.0996 – Rel. Des. Leme Garcia - 16ª Câmara de Direito Criminal – j. em 20/09/2024)

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. RECURSO MINISTERIAL. Pleito por reforma da decisão, efetivando-se o retorno do reeducando ao regime semiaberto, por ausência de comprovação do requisito subjetivo e necessidade de observância do novel §1º do art. 112 da LEP, advindo da Lei nº 14.843/24. Longa pena e gravidade do crime insuficientes para tanto. Desnecessidade de realização de exame criminológico, cuja constitucionalidade ou não de eventual obrigatoriedade em sua realização sequer é de ser discutida diante da impossibilidade de aplicação retroativa de lei mais gravosa. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP - Agravo de Execução Penal 0011796-70.2024.8.26.0996 – Rel. Des. Toloza Neto - 3ª Câmara de Direito Criminal - j. em 18/09/2024);

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – Deferimento de progressão ao regime semiaberto – Insurgência do *Parquet* – Pedido de reconhecimento da constitucionalidade da nova redação do artigo 112, §1º, dada pela Lei nº 14.843/2024 – Alegação de conformidade com o princípio da individualização da pena – Desnecessidade – Alteração legislativa que não se aplica à presente hipótese – Exigência, ademais, que atende a uma das orientações do Princípio da Individualização da Pena, permitindo que o magistrado, com base em elementos auferidos através do exame criminológico, direcione a execução da pena conforme o perfil psicossocial do apenado – Inovação legislativa que não contém qualquer vício de inconstitucionalidade - Discricionariedade do juiz e dever de fundamentação da decisões judiciais preservados – Pedido de revogação da progressão e posterior submissão a exame criminológico – Alegação de obrigatoriedade do exame para fins de progressão de regime após o advento da Lei nº 14.843/2024 – Afirmção de que a "novatio legis" tem cunho processual com aplicação imediata – Decisão prolatada após a entrada em vigor da Lei nº 14.843/2024 – Descabimento - Alteração legislativa que é prejudicial ao sentenciado – Pronta aplicação da previsão legal que implicará na permanência do condenado por mais tempo no regime mais gravoso – Situação apta a violar o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa – Decisão mantida, pois proferida conforme critérios estabelecidos pela redação anterior do §1º do artigo 112 da LEP – Agravo em execução não provido."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(TJSP - Agravo de Execução Penal 0007036-78.2024.8.26.0996 -
Rel. Des. Renato Genzani Filho - 11ª Câmara de Direito Criminal –
j. em 14/08/2024).

No presente caso, a condenação da sentenciada é anterior à Lei n. 14.843/2024 (cf. boletim informativo a fls. 17/23), não sendo aplicável, portanto, o dispositivo legal em comento de forma retroativa.

Outrossim, desnecessária a análise da questão sobre a declaração incidental da inconstitucionalidade parcial da Lei n. 14.843/2024, no que se refere à alteração do §1º, do art. 112, da Lei de Execução Penal, uma vez que a referida alteração legislativa não pode ser aplicada ao presente caso, conforme acima exposto.

Assim, afasto a preliminar suscitada pelo Ministério Público. No mérito, todavia, o recurso comporta provimento.

Eis o teor da decisão agravada:

"Vistos.

JADY DESIREE DA SILVA, ingressou em Juízo pleiteando a progressão ao **regime aberto**, argumentando, em síntese, preencher os requisitos constantes do art. 112, da Lei de Execução Penal. Regularmente processado, o feito está instruído com Atestado de Conduta Carcerária, Boletim Informativo, parecer do Ministério Público e da Defesa. Em síntese é o relatório.

Fundamento e DECIDO.

Comungando de idêntico entendimento exarado pelo MM. Juiz de Direito Coordenador da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da 3ª Região Administrativa de Bauru/SP, exarada nos autos do PEC nº 0012750-08.2023.8.26.0041, passo a análise do mérito do pedido requerido nestes autos.

'De proêmio, reclama enfrentamento questão prejudicial ao mérito representada pela controvérsia restabelecida pela Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024, que, dando nova redação ao §1º do artigo 112 da LEP, ripristinou o debate da obrigatoriedade do exame criminológico antecedente como requisito para a progressão de regime, *verbis*:

'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:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(...)

§1º. Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão.' (grifei)

Como se pode observar, a nova lei ressuscita antigo debate doutrinário e jurisprudencial sobre a constitucionalidade da obrigatoriedade do exame criminológico antecedente como requisito condicional à progressão de regime, uma vez que, em sua redação originária, o art. 112, parágrafo único, da LEP, previa que a decisão relativa à progressão para regime menos rigoroso de cumprimento de pena seria precedida do exame criminológico, *verbis*:

'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 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.'

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.'

Em reconstituição histórica desse debate, verifica-se que a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, concebida nos idos de 1984, justificava, nos itens 31 e 32, a exigência do exame criminológico da seguinte forma:

'A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.'

'A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semi-liberdade ou de prisão-albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.'

A intenção do legislador era, à evidência, prestigiar o princípio da individualização da pena, permitindo que o magistrado pesquisasse minuciosamente os efeitos da terapêutica penal na esfera subjetiva do apenado.

O dispositivo penal em comento esteve em vigor por cerca de vinte anos, de modo que os pedidos de progressão deveriam ser encaminhados à apreciação do Poder Judiciário instruídos com tal exame.

Entretanto, a obrigatoriedade do exame criminológico acabou sendo retirada do texto legal pela Lei nº 10.792/2003, que, alterando o art. 112, da LEP, abandonou sua exigência para a aferição do requisito subjetivo necessário à progressão de pena. Passou-se a exigir tão somente o 'bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento'.

'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

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

vedam a progressão.'

Na exposição de motivos feita pelo Deputado Federal Doutor Ibrahim Abi-Ackel, ao apresentar o substitutivo ao então Projeto de Lei 5073/2001, Sua Excelência se referiu à dispensa do exame criminológico nos seguintes termos:

'A respeito desse um sexto, devo ainda adiantar que o substitutivo consagra um avanço. Hoje, cumprido um sexto da pena, o prisioneiro tem de submeter-se a um exame, que não se realiza nunca, tem de requerer a sua libertação ao Conselho Penitenciário, que nunca tem número e que nomeia um relator que nunca dá parecer rapidamente, e o sexto da pena, muitas vezes, é dobrado e triplicado na sua extensão temporal sem que a Justiça emita alvará de soltura. Pelo substitutivo, o réu que cumprir um sexto da pena não tem de requerer coisa alguma e seu advogado terá apenas de requerer ao Juiz de Execução a imediata liberação do alvará de soltura, porque não haverá mais, dependência do Conselho Penitenciário nem exame criminológico algum. Ele cumpriu a pena que lhe foi imposta e não deve ser submetido à burocracia judiciária, sempre demorada e confusa.'

Veja-se que a crítica que se fazia à previa exigência indiscriminada do exame criminológico para fins de progressão era precisamente a impossibilidade prática de sua realização, na forma, com o cuidado e com a profundidade científica que a lei exigia, haja vista a notória insuficiência de serviços técnicos e de pessoal em número suficiente para atender às demandas necessárias para o adequado funcionamento do sistema.

Os laudos, à época, precisavam ser feitos em grande escala para atendimento de todos os casos em que eram exigidos, o que limitava, do ponto de vista técnico, a profundidade científica do trabalho, dada a urgência e a necessidade de produção massiva desses documentos. Em muitos casos a qualidade técnica era comprometida pela quantidade, com conclusões que levavam mais a dúvidas do que a certezas, e, conseqüentemente, à deterioração prática do sistema Progressivo.

Foi precisamente esta a conclusão de importante estudo realizado pela Fundação Seade em 2022, a partir da análise dos processos de execução penal do Estado de São Paulo: *'Os resultados apontaram para o baixo percentual de presos que obtêm benefícios e para o fato de que as concessões destes benefícios ocorrem em lapso de tempo do cumprimento da pena muito acima do legal.'* Com base nas considerações anteriores, verifica-se que há evidente retrocesso no sistema de execução de penas, impondo aos apenados situação ainda mais grave de que a de outrora, seja porque a população prisional aumentou significativamente, seja porque as unidades prisionais apresentam evidente insuficiência de técnicos para conduzir os atendimentos em tempo razoável.

É evidente, assim, que a Lei nº 14.843/2024, no que diz respeito à alteração promovida no art. 112, §1º, da LEP, repristina o debate já travado por ocasião da edição da Lei nº 10.792/2003, que, por sua vez, não ficou imune a críticas doutrinárias, resultando na edição da Súmula Vinculante nº 26, do E. Supremo Tribunal Federal:

'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 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.'

No julgado que deu origem ao verbete, a Suprema Corte deixou clara a existência de inconstitucionalidade nas situações em que o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução) deixa de ser observado.

Referido princípio exige análise individual da execução da pena, segundo o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), do comportamento do condenado no cumprimento desta (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII), exceção que somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia normativa (STF - HC 82.959, Rel. Min. **Marco Aurélio**, voto-vista do Min. **Cezar Peluso**, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006).

Dessa forma, a exigência indiscriminada e abstrata, sem fundamentação idônea e sem a indicação de base empírica que revele elementos concretos de gravidade, personalidade ou outras circunstâncias recentes, que em tese, possam vir a desabonar a progressão de regime, viola o texto constitucional, com o qual se incompatibiliza a exigência indiscriminada de realização prévia de exame criminológico (Rcl 29.527-AgR, Rel. Min. **Dias Toffoli**, red. p/ o ac. Min. **Edson Fachin**, 2ª T, j. 7-8-2018, DJE 221 de 17-10-2018).

Mutatis mutandis, o exame representa instrumento importantíssimo na individualização da pena, desde que utilizado de maneira excepcional e justificada, à luz das circunstâncias do caso concreto e das externalidades existentes no momento da completude do requisito objetivo.

Na mesma linha, o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o exame criminológico pode ser exigido em determinadas situações, exigindo-se fundamentação adequada, conforme redação da Súmula Vinculante nº 439:

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

Portanto, a novel previsão legislativa, a despeito de expressar aparente prestígio à individualização da pena, ao tornar o exame condicionante prévia da progressão (o novo texto não contempla sequer a expressão *'quando necessário'*, contida no texto original do art. 112, da LEP), importa em verdadeiro desprestígio ao sistema progressivo e, conseqüentemente, ao princípio da individualização da pena, conforme critérios que haviam sido balizados pelo E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião da edição da Súmula Vinculante n. 26.

A notória a incapacidade administrativa de submeter todos os apenados que alcançaram o lapso temporal a exames criminológicos, gerando enormes atrasos processuais e superlotação, em um primeiro plano, viola o princípio da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana e, em segundo aspecto, a observância estrita do dispositivo penal importará, na prática, em violação ao princípio da individualização da pena expresso no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, subtraindo de um sem-número de apenados o direito a alcançar a progressão quando preenchidos os requisitos legais.

Anoto que, no âmbito desta unidade jurisdicional, a experiência demonstra que os exames criminológicos determinados em caráter excepcional para determinadas hipóteses de progressão de pena demoram mais de meses para aportar nos autos e, em sua maioria,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

não contam com parecer de médico psiquiatra, por inexistência de tal profissional. A extensão dessa exigência a todos os casos, de forma indiscriminada, certamente aumentará esse prazo, importando, concomitantemente, no exacerbado alargamento do período de cumprimento de pena em regime mais severo e, nos casos de apenados com penas curtas, na obrigatoriedade de cumprimento de pena integralmente em regime fechado ou semiaberto, sem tempo hábil à concessão do benefício.

Evidente, pois, que a nova legislação, no ponto que determina a realização obrigatória, indiscriminada e abstrata do exame criminológico como requisito à progressão de regime, padece de inconstitucionalidade, por violação aos princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo.

Não bastasse a inconstitucionalidade apontada, a alteração legislativa em comento importará no agravamento do estado de coisas inconstitucional reconhecido na ADPF nº 347/DF, no bojo da qual foi reconhecida a violação massiva de direitos fundamentais do sistema prisional brasileiro em virtude, essencialmente, da superlotação carcerária.

Como mencionado anteriormente, o quadro fático que se apresenta é ainda mais grave do que aquele existente por ocasião da edição da Lei nº 10.792/2003, conforme se verifica pelo estudo da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 347/DF, que, entre outras medidas, impõe aos Juízes e Tribunais a observância em suas decisões do quadro do sistema penitenciário brasileiro, tanto na aplicação da pena como durante sua execução.

O V. Acórdão tem a seguinte redação:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; 2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário; 3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN; 4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; 5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; 6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; 7. Prever que a elaboração do plano nacional

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; 8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; 9. Prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; 10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; 11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; 12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa. Por fim, firmar a seguinte tese de julgamento: '1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos'. Tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), Redator para o acórdão, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio (Relator). Não votou o Ministro André Mendonça, sucessor do Relator. Brasília, 4 de outubro de 2023. (STF, ADPF 347/DF Plenário j.04/10/2023).

Como se pode observar, o C. Supremo Tribunal Federal caracterizou o sistema penitenciário brasileiro como '*estado de coisas inconstitucional*'. Esse reconhecimento, segundo consta do julgado, demanda três pressupostos fundamentais: a) constatação de um quadro não simplesmente deficiente, mas sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas; b) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações defesa e promoção dos direitos fundamentais e, c) que a superação desse estado de coisas inconstitucional exija a expedição de remédios e ordens dirigidas não

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

apenas a um órgão, mas sim a uma pluralidade destes.

Verifica-se, pois, a gravidade e a extensão do julgado que, à luz da nova legislação é potencialmente atingido diante do agravamento do problema da superlotação carcerária por conta da exigência abstrata e indiscriminada do exame para todos os casos de progressão de regime.

Sobre a questão, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária encaminhou ao Congresso Nacional, uma Nota Técnica que alertava as consequências da aprovação do projeto, *verbis*:

'...2.3.2 A imposição da obrigatoriedade de exames criminológicos tende a agravar ainda mais esse cenário, na medida em que sua realização envolve uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, além da disponibilização de equipamentos, materiais e espaços adequados, já hoje insuficientes para atender a demanda atual. 2.3.3 Assim, embora não seja recomendável a reinserção social precipitada, também não se revela razoável que o reeducando permaneça de forma indefinida no sistema carcerário. Tornar a realização de exame criminológico, condição obrigatória certamente acarretará indesejável demora na análise dos pedidos de progressão e, por consequência, o agravamento da situação carcerária brasileira, que atualmente conta com número de presos que excede em mais de 30% o total de vagas disponíveis, de acordo com o Relatório de Informações Penais, da SENAPPEN, de junho de 2023.'

Dessa forma, nos termos da ADPF 347/DF, verificada a ausência de falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias que venham a representar uma '*falha estrutural*' com potencial de agravamento da situação massiva de violação de direitos, como se dá no caso, patente a inconstitucionalidade por via reflexa, ante a violação do contido na referida ADPF.

Em outras palavras, a nova norma representa uma visível ilogicidade em seu teor, ao ofender o conteúdo da decisão proferida na ADPF 347/DF e, por consequência, a garantia constitucional fundamental que resulta do devido processo legal, em sua vertente material.

Pelos argumentos expostos acima, **DECLARO** incidentalmente a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024, tão somente no que tange à alteração do §1º do artigo 112 da LEP que exige a realização de exame criminológico para fins de progressão, restaurando, assim, a incidência do verbete da Sumula Vinculante n. 26 do STF.

Em adendo, verifico, no caso em apreço e a partir do estudo dos autos, que os requisitos legais da progressão estão todos preenchidos, posto que o sentenciado cumpriu o lapso temporal necessário à concessão da benesse e as informações que constam do processo indicam que também ostenta o requisito subjetivo para a progressão prisional, inclusive em razão da boa conduta carcerária atual e da inexistência de falta disciplinar recente.

Apresenta o reeducando mérito suficiente para a progressão de regime, que lhe dará estímulo para a sua recuperação social.'

Assim, presentes os pressupostos autorizadores do benefício em questão, **DEFIRO** o pedido formulado em favor de **JADY DESIREE DA SILVA**, MTR: 1141534-6, RJI: 182556326-22, recolhido no(a) **Penitenciária Feminina de Tupi Paulista**, para determinar a progressão ao regime **ABERTO**, conforme condições a serem

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

estipuladas em audiência de advertência. Expeça-se Alvará de Soltura.

A audiência de advertência será realizada pela Direção da Unidade

Prisional, que deverá imprimir cópia da decisão e do Termo de Advertência. Intimem-se." (fls. 26/34).

Pois bem.

A sentenciada foi prematuramente beneficiada com a progressão de regime prisional, razão por que se deve cassar a decisão do Juízo da Vara das Execuções Criminais, a fim de que a agravada retorne imediatamente ao regime semiaberto, procedendo-se à realização de exame criminológico.

Explico.

Algumas circunstâncias de fato não bastam, só por elas, para obstaculizar a progressão de regime prisional a favor do reeducando. Entretanto, quando presentes, recomendam, sim, uma especial cautela na aferição do mérito do condenado para fins de progressão do regime prisional. Entre tais fatores de ponderação, de um modo geral, podem ser mencionados a amplitude da pena a cumprir, a natureza hedionda do crime objeto da condenação, a gravidade concreta dos atos praticados, a múltipla reincidência do agente, o histórico prisional conturbado do reeducando e a eventual conclusão desfavorável em avaliação psicológica ou social.

Nesse sentido, invoco aqui as lições doutrinárias de **JULIO FABBRINI MIRABETE** e **RENATO N. FABBRINI**:

"[...] Além do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, exige a lei, para a transferência para regime menos rigoroso, que o mérito do condenado indique a progressão. Como já foi visto, a progressão depende da adaptação provável ao regime menos severo. *Mérito*, no léxico, significa aptidão, capacidade, superioridade, merecimento, valor moral. Em sua concepção filosófica, mérito é o título para se obter aprovação, recompensa,

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

prêmio. Deve ele ser mostrado pelo condenado, no curso da execução, para merecer a progressão. O mérito, nos termos da exposição de motivos, é 'o critério que comanda a execução progressiva' [...].

Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social. Ensina Hans Göbbels: 'O bom comportamento de um preso não pode ser determinante imediata para estabelecer-lhe um prognóstico biológico-social favorável, principalmente porque tal 'comprovante' de melhoria se baseia fundamentalmente em informes de funcionários de prisões, fornecidos pouco antes da liberação, e que se atêm ao bom comportamento externo, a fim de facilitar a readaptação sem inconvenientes ao termo da condenação. Mas este comportamento externo só de forma incompleta permite tirar conclusões sobre o caráter e a conduta futura do preso. Na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do estabelecimento se deve a vários múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão motivada sobre o caráter.'.

É necessário, pois, que se conheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento. O comportamento mau ou sofrível, porém, indica normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Fugas, difícil convivência com os companheiros, falta de respeito com os funcionários, displicência no trabalho ou no aprendizado, cometimento de faltas disciplinares etc. correspondem ao demérito que não aconselha a progressão. A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime.

A Lei nº 10.792, de 1º-12-2003, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execuções Penal, passou a prever, com a redação dada ao art. 112, que a progressão, além do requisito temporal, exige 'bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento'. **Mas a simples apresentação de um atestado ou parecer do diretor do estabelecimento penitenciário, após o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, não assegura ao condenado o direito de ser promovido a regime menos restritivo.** Embora se possa inferir da nova redação do dispositivo intuito de redução do *mérito*, previsto na lei anterior, ao *bom comportamento carcerário*, no sistema vigente a progressão de regime pressupõe, como visto, não somente o ajustamento do condenado às regras do regime carcerário em que se encontra, mas também em juízo sobre a sua capacidade provável de adaptação ao regime menos restritivo. Essa avaliação mais abrangente e aprofundada, e, portanto, mais individualizada, das condições pessoais do condenado para a progressão, é inerente ao sistema

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

progressivo instituído pela forma penal de 1984; reclamada pela exigência de *mérito*, persistente no Código Penal (art. 33, §2º); expressamente prevista para progressão ao regime aberto (art. 114, II, da LEP) e compatível com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). Deve-se ponderar, também, que o juiz da execução não está adstrito às conclusões de parecer ou laudo técnico (art. 182 do CPP) e, conseqüentemente, ainda menos vinculado ao teor de um atestado de conduta carcerária, assistindo-lhe, também, o poder de ordenar, inclusive de ofício, a produção de prova oral ou pericial, incluindo o exame criminológico, se a considerar necessária à solução dos incidentes, à instrução de pedidos de benefícios legais ou para dirimir qualquer outra questão surgida no curso do processo de execução (art. 196, §2º, da LEP e art. 156, II, do CPP) [...]. **Assim, deverá o juiz negar a progressão, mesmo quando favorável o atestado ou parecer do diretor do estabelecimento, se convencido por outros elementos de que o condenado não reúne condições pessoais para o cumprimento da pena em regime mais brando.**

A progressão não pode ser deferida, portanto, quando, apesar de cumprido um sexto da pena no regime, não preenche o condenado os requisitos subjetivos exigidos. Comportamento dissimulado, pouco grau de responsabilidade, personalidade insegura ou imatura, com dificuldade de introjetar leis e normas, desinteresse em trabalhar ou frequentar escola etc. são circunstâncias indicativas de que o condenado não merece a progressão. Revelando o laudo que o condenado continua com indicativos de persistência de periculosidade, também deve ser denegado o benefício. Também o impede a ocorrência de falta grave, ou mesmo de leves ou médias quando reiteradas. O cometimento de faltas, entretanto, perde sua importância quando decorridos vários anos após as ocorrências, demonstrando o condenado o mérito exigido pela lei.

[...]

A mera referência à gravidade do crime praticado ou ao longo tempo de pena por cumprir, por si só, não constitui motivação idônea para o indeferimento da progressão. Ao ater-se à ponderação do fato delituoso e da sanção aplicada, deixa o juiz de proceder à necessária avaliação de mérito, abstraindo, indevidamente, todos os dados relativos ao comportamento do condenado no curso da execução. **A periculosidade concretamente revelada na prática do crime grave pode justificar, porém, a cautela de ordenar o juiz a prévia realização do exame criminológico para aferição da possível compatibilidade do condenado com regime menos restritivo e do risco de recidiva delituosa** [...].

Não pode o juiz postergar a decisão de progressão de regime sob o argumento de ter o condenado situação processual indefinida por responder a outras ações penais. A existência de outro processo em andamento não constitui impedimento à progressão de regime. Na hipótese de ter sido decretada em outro processo a prisão preventiva, pode o condenado progredir de regime, mas a sua transferência ao estabelecimento apropriado não pode ser efetivada enquanto perdurar a prisão processual, que deriva de distinto título judicial e que, por sua natureza, exige o encarceramento. No caso de absolvição ou de revogação da custódia cautelar, impõe-se a sua imediata remoção.

[...]

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Não é *habeas corpus* remédio adequado para obtenção da progressão de regime, por depender esta do exame de requisito subjetivo. A decisão pressupõe incursão aprofundada nos elementos informativos existentes nos autos de execução e exige sua detida valoração para aferição do mérito do condenado, o que a incompatibiliza com o rito e os limites de cognição próprios do *mandamus* [...]."

(**Execução Penal: Comentários à Lei n. 7.210, de 11/7/1984**, 12ª edição, Editora Atlas, 2014, p. 442-445 – grifou-se).

O Juiz de Direito de Primeiro Grau, ao analisar a viabilidade do pedido de progressão de regime prisional, pode ponderar esses diversos aspectos relacionadas à execução penal do sentenciado, sempre à luz da situação individual de cada reeducando. Aliás, é seu dever fazê-lo, por força do princípio da individualização das penas, que vigora, também, na fase da execução penal.

Em situações desse jaez, poderá o Magistrado condutor da execução penal valer-se de elementos informativos que vão além do simples atestado de bom comportamento carcerário, o qual, via de regra, é expedido quase automaticamente, sempre que ausente falta disciplinar de natureza grave nos últimos meses.

Poderá determinar a elaboração de exame criminológico, para subsidiar a sua decisão, e poderá, até mesmo, indeferir o pedido de progressão de regime prisional quando julgar necessária a manutenção do sentenciado em regime de maior vigilância, seja para acautelar o corpo social, seja para viabilizar mais tempo para o reeducando assimilar a terapêutica penal, desde que a sua decisão apresente fundamentação idônea.

Portanto, o "atestado de bom comportamento", embora seja um elemento importante a ser levado em conta, não supre, em todo e qualquer caso, a necessidade de o Juiz de Direito avaliar concretamente o mérito do sentenciado para a progressão de regime. Em outras palavras, tal atestado, expedido no âmbito administrativo, não tem força vinculante sobre a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

decisão do Poder Judiciário no caso concreto.

Além disso, em prol da possibilidade de o Juiz da Execução Penal se socorrer de complementares elementos informativos (além do atestado do Diretor do estabelecimento prisional em que se encontra o reeducando), existe sólida fundamentação na doutrina de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

"[...] Não se pode obrigar o magistrado, como se pretendeu com a edição da Lei 10.792/2003, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária (ver o art. 112, §1º, da Lei 7.210/84). A submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo não pode jamais ocorrer. Um diretor de presídio não pode ter força suficiente para determinar os rumos da execução penal no Brasil. Fosse assim e transformar-se-ia em execução administrativa da pena, perdendo seu aspecto jurisdicional. Portanto, cabe ao juiz da execução penal determinar a realização do exame criminológico, quando entender necessário, o que deve fazer no caso de autores de crimes violentos contra a pessoa, bem como a concretização do parecer da Comissão Técnica de Classificação. A requisição do exame e do parecer fundamenta-se não apenas no preceito constitucional de que ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário, mas também na clara norma da Constituição Federal a respeito da individualização da pena, que não se limita à aplicação da pena na sentença condenatória. Qualquer tentativa de engessar a atividade jurisdicional deve ser coibida. [...] A manutenção da Comissão para avaliar o condenado no começo da execução, mas a sua abolição para o acompanhamento do preso, durante da execução, é um golpe (inconstitucional) ao princípio da individualização da pena. [...]"

(Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 13ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2020, p. 199 – grifou-se).

Especificamente quanto ao exame criminológico, importa rememorar que a sua realização, para aferir a adequação da progressão de regime prisional foi considerada juridicamente possível pelos Tribunais Superiores, não se podendo falar, quanto a isso, em ilegalidade. Esse entendimento bem demonstra que a aferição do mérito do reeducando não se adstringe a um "atestado de bom comportamento" (pelo menos, não em todos os casos). Nesse sentido:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Súmula Vinculante n. 26, do STF: 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 n. 439, do STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Em semelhante toada, na doutrina de **NESTOR TÁVORA** —
ROSMAR RODRIGUES ALENCAR:

"[...] Diante das divergências sobre a possibilidade de se realizar exame criminológico, diante da alteração legislativa, o STJ editou o enunciado sumular n. 439, que temperou a solução, para afirmar a sua admissibilidade sempre que as peculiaridades do caso recomendar, desde que em decisão suficientemente fundamentada. **Assim, mesmo não previsto expressamente o exame criminológico pelo art. 112, da Lei de Execução Penal, ele pode ser determinado para complementar os demais requisitos para concessão de benefícios que tornem menos gravoso o regime de pena do condenado.**

Trata-se de providência facultativa, conforme cristalizado pelo STF, no verbete n. 26, da sua Súmula Vinculante, que avisa que, 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. 8.072/1990, 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 [...]. [...]"
(Curso de Processo Penal e Execução Penal, 16ª edição, Salvador, Editora JusPodivm, 2021, p. 1.626);

Igualmente, preleciona **RENATO BRASILEIRO DE LIMA:**

"[...] Portanto, se antes o exame criminológico era obrigatório, passou a ser facultativo com o advento da Lei n. 10.792/03. Trabalha-se com a premissa de que nem sempre o mérito do condenado poderá ser aferido pelo juízo da execução com base em um simples atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do presídio. **Se, de um lado, talvez seja possível aferir o bom comportamento carcerário do autor de crimes de furto por meio de um simples**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

atestado, do outro, revela-se mais prudente a realização do exame criminológico para se conceder a progressão de regimes a condenado por vários homicídios, com histórico de fugas e participações em rebeliões, permitindo-se, a partir de uma visão mais global do condenado, que o juízo da execução tenha mais segurança para avaliar o requisito subjetivo exigido para a progressão. Logo, nas hipóteses de condenados com históricos de fugas, faltas disciplinares de natureza grave, cometimento de delitos quando anteriormente beneficiado com regime mais brando, o exame criminológico poderá ser determinado de maneira fundamentada pelo magistrado de modo a aferir a maneira mais precisa e consciente se o apenado efetivamente absorveu a terapêutica penal – se é que isso é possível nos dias de hoje. Destarte, sem embargo de bom comportamento atestado pela administração penitenciária, se o exame criminológico não revelar a presença das condições pessoais necessárias à reinserção social do sentenciado, há de ser indeferido o pedido de progressão de regimes, sobretudo porque vigora, em sede de execução penal, o princípio do *in dubio pro societate*, o qual preconiza que, na dúvida quanto à aptidão para a promoção a regime mais brando, faz-se necessário o encarceramento por um período maior de tempo sob o olhar cauteloso do Estado, evitando-se, assim, que a sociedade seja posta em risco com uma reinserção prematura. [...] De todo modo, ainda que determinada a realização do exame criminológico, convém destacar que o magistrado não fica vinculado à conclusão dos *experts*. Desde que o faça de maneira fundamentada, o magistrado é livre para decidir em sentido contrário, nos termos do art. 182 do CPP ("O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte"). [...]" (Pacote Anticrime, Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo, 2ª edição, Salvador, Editora JusPodivm, 2021, p. 419-420).

De outro lado, não se olvida haver, também na doutrina, críticas firmes contra a exigibilidade de exame criminológico. Nesse sentido, os ensinamentos de **RENATO MARCÃO**:

"[...] Nos dias que correm, questão controvertida reside em saber se o juiz da execução pode determinar a realização de exame criminológico e valorar seu conteúdo na aferição do requisito subjetivo necessário para progressão de regime prisional. Nas duas primeiras edições, defendemos que era possível; contudo, após outras reflexões, evoluímos e mudamos de posicionamento. Com efeito, estamos definitivamente convencidos de que, embora até possa determinar a realização de exame criminológico, não é lícito ao juiz da execução negar progressão de regime com base em informações ou interpretações que possa extrair do laudo respectivo, o que torna sem sentido prático a realização do exame. É que o art. 112 da LEP exige apenas o cumprimento do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

requisito objetivo para a progressão, e a apresentação de **atestado de boa conduta carcerária**, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, como *requisito subjetivo*. **É o que basta para a progressão.** [...]

[...]

Desde as respectivas edições, a Súmula 439 do STJ e a Súmula Vinculante 26 materializam inaceitáveis afrontas ao ordenamento vigente, e a Lei n. 13.964/2019 tornou ainda mais clara a necessidade de revogação de ambas. [...]"

(Curso de Execução Penal, 18ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2021, p. 169-171).

Na mesma linha, o entendimento de **ALEXIS COUTO DE BRITO**:

"[...] Como já tivemos a oportunidade de nos manifestar em outra ocasião, a exigência do exame sem previsão legal é absolutamente abusiva e inútil. A origem dessa exigência deriva do antigo sistema do duplo binário (aplicação da pena e medida de segurança cumulativamente), que há mais de 20 anos deixou nosso ordenamento penal. Exigir que alguém se submeta a um capricho na falta de uma previsão legal é violar o princípio da legalidade constitucional de que ninguém deve fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Trata-se de frontal desrespeito ao direito subjetivo, reconhecido como tal o atendimento completo dos requisitos legais. Ademais, a medida torna-se absolutamente inútil, porquanto no atual sistema vicariante, tenha ou não condições criminológicas de progredir, o condenado deverá ser efetivamente liberado ao final de sua pena, mesmo que detentor de diversos laudos criminológicos desfavoráveis. **Assim, impedir sua progressão pela análise ou falta de análise criminológica é puro argumento retórico para justificar políticas criminais comprovadamente ineficientes de Lei e Ordem e fortalecimento de um direito penal de cunho exclusivamente simbólico.** [...]"

(Execução Penal, 6ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2020, p. 373-374).

Contudo, não é o que prevalece na jurisprudência, tampouco o que se considera a melhor diretriz.

Em regra, o Juiz de Direito de 1ª Instância, pelo seu contato mais próximo e mais direto com a execução penal de cada reeducando, é quem tem melhores condições de analisar os aspectos subjetivos, caso a caso, autorizadores ou não da progressão do regime prisional. Assim, o seu

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sentir torna-se um dos mais importantes elementos de ponderação para o estudo da viabilidade do benefício.

Entretanto, em casos como o dos autos, é possível à Corte "ad quem" reformar a decisão do Magistrado condutor da execução penal da sentenciada, o qual lhe concedeu a progressão ao regime aberto. É que há elementos a evidenciar que tal medida se mostra, por ora, prematura, ante a ausência de mérito comprovado da incriminada, haja vista que se verificam motivos concretos e idôneos à negativa da benesse.

No caso concreto, além de se tratar de sentenciada condenada pela prática dos crimes previstos no art. 33, "caput" e no art. 35, "caput", ambos da Lei n. 11.343/06, com penal total de 08 (oito) anos de reclusão, cujo término de cumprimento está previsto para 07/04/2027, ostenta o registro de uma falta disciplinar de natureza grave (reabilitada em 04/09/2024), consistente em descumprimento de condição imposta em regime aberto anteriormente concedido, tudo conforme o boletim informativo a fls. 17/23, a evidenciar periculosidade e personalidade desajustada ao convívio social.

Esse quadro, ao menos por ora, reclama a manutenção da agravada em regime prisional mais rigoroso, porque não demonstrado o mérito para a progressão, o que deverá ser reavaliado após a realização de exame criminológico.

A jurisprudência remansosa e atual do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL admite, perfeitamente, a realização de exame criminológico enquanto condição para que se possa avaliar o cabimento da progressão de regime prisional, desde que exista fundamentação idônea a respaldar a realização da mencionada avaliação técnica. Exemplificativamente, dentre os motivos que a CORTE SUPREMA entende suficientes para autorizar a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

realização de exame criminológico para fins de progressão, entre inúmeros outros, tem-se o eventual envolvimento do sentenciado com facção criminosa, o registro do cometimento de faltas disciplinares, as peculiaridades do caso concreto, a natureza de crime hediondo ou equiparado, a gravidade, condições e circunstâncias da conduta ilícita, bem como a extensão da pena imposta, e a reincidência do sentenciado, conforme se extrai dos seguintes julgados do STF:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PROGRESSÃO DE REGIME. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS.

1. A partir das modificações determinadas pela Lei 10.792/2003, a realização do exame criminológico, apesar de não mais considerada obrigatória, permanece viável, nos casos em que justificada sua relevância para melhor elucidação das condições subjetivas do apenado na concessão do benefício.

2. O Supremo Tribunal Federal, por jurisprudência consolidada, admite que pode ser exigido fundamentadamente o exame criminológico pelo juiz para avaliar pedido de progressão de regime prisional.

3. Não há ilegalidade na exigência de laudo criminológico, como medida prévia à avaliação judicial quanto à progressão de regime, quando respaldada, dentre outros fundamentos, no envolvimento do Paciente com facção criminosa.

4. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF - HC 199.901-AgR/SP - Rel. Min. ROSA WEBER - Primeira Turma - j. em 14/06/2021);

"Execução Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Tentativa de latrocínio e corrupção de menores. Progressão de regime. Livramento condicional. Exame criminológico. Jurisprudência do supremo tribunal federal.

1. É possível que seja determinada, fundamentadamente, a realização de exame criminológico para a progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de penas. Precedentes.

2. Na hipótese, a realização do exame foi determinada com base no "despreparo do agravante para progredir para meio prisional semiaberto e livramento condicional, visto que há registros de que o sentenciado cometeu faltas disciplinares no decorrer da execução penal" (trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça).

3. Não há demonstração de que houve demora injustificada na realização do exame determinado pelo juízo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF - HC 198.604-AgR/SP - Rel. Min. ROBERTO BARROSO - Primeira Turma - j. em 19/04/2021);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME. SUPOSTA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 26. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF - Rcl 46.246-AgR/CE - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. em 13/04/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 26 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME CRIMINOLÓGICO DETERMINADO DE FORMA FUNDAMENTADA. NÃO CONFIGURADA NA ESPÉCIE SITUAÇÃO DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(STF - Rcl 45.676-AgR/AL - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - Segunda Turma - j. em 15/03/2021);

"HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – EXAME CRIMINOLÓGICO. Para efeito de progressão de regime, no tocante à prática de crime hediondo ou equiparado, possível é determinar-se a feitura de exame criminológico – verbete vinculante nº 26 da Súmula do Supremo."

(STF - HC 167.425/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 01/03/2021);

"HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – EXAME CRIMINOLÓGICO. Para efeito de progressão de regime, considerada prática de crime hediondo ou equiparado, possível é determinar a realização de exame criminológico, sem prejuízo da avaliação dos pressupostos objetivos e subjetivos, com o fim de analisar se o condenado apresenta condições suficientes a progredir no regime de cumprimento da pena – verbete vinculante nº 26 da Súmula do Supremo. PENA – CUMPRIMENTO – REGIME – PROGRESSÃO – COVID-19 – GRUPO DE RISCO. A crise sanitária decorrente do novo coronavírus é insuficiente a autorizar progressão de regime."

(STF - HC 185.689/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 15/12/2020);

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME. SUPOSTA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 26. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AGRAVO A QUE SE NEGA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PROVIMENTO."

(STF - Rcl 42.743-AgR/SP - Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - Primeira Turma - j. em 15/09/2020);

"HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. RECURSO – CONTRAMINUTA – DEFENSORIA PÚBLICA – ATUAÇÃO. Verificada regular atuação da Defensoria Pública, apresentada contraminuta, e inexistente constatação de haver sido constituído profissional da advocacia para o desempenho da incumbência, não cabe concluir pela nulidade de acórdão formalizado. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – EXAME CRIMINOLÓGICO. Para efeito de progressão de regime, considerada prática de crime hediondo ou equiparado, possível é determinar a realização de exame criminológico, sem prejuízo da avaliação dos pressupostos objetivos e subjetivos, progressão no regime de cumprimento da pena – verbete vinculante nº 26 da Súmula do Supremo. PRISÃO DOMICILIAR – COVID-19 – INADEQUAÇÃO. A crise sanitária decorrente do novo coronavírus é insuficiente a autorizar recolhimento domiciliar."

(STF - HC 181.239/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 08/09/2020);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO 26 DA SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. (a) A Súmula Vinculante 26 estabelece que "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". (b) O enunciado 26 da Súmula Vinculante não proibiu a determinação de prévia realização do exame criminológico, para análise do cabimento da progressão de regime. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada. Precedentes.

2. In casu, verifica-se que a decisão que determinou a realização do exame criminológico encontra-se fundamentada em elementos concretos dos autos, não se podendo falar em ausência de fundamentação do decisum ora impugnado.

3. Ex positis, ausente violação do conteúdo da Súmula Vinculante 26 deste Supremo Tribunal Federal, nego provimento ao agravo regimental."

(STF - Rcl 40.068-AgR/SP - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. em 22/05/2020);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO 26 DA SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO 62/2020, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INCOGNOSCIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. (a) A Súmula Vinculante 26 estabelece que “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”. (b) O enunciado 26 da Súmula Vinculante não proibiu a determinação de prévia realização do exame criminológico, para análise do cabimento da progressão de regime. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada. Precedentes.

2. (a) O pedido de soltura com fundamento na atual pandemia de COVID-19, que acomete diversos países e também o Brasil, não comporta conhecimento originário pelo Supremo Tribunal Federal. (b) O Conselho Nacional de Justiça, em atenção à emergência de saúde pública, editou a Recomendação 62/2020 que, em seu art. 5º, I, orienta os “magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus”, considerem a “concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal”. (c) A disciplina da matéria pelo Conselho Nacional de Justiça não autoriza o ajuizamento de Reclamação originária perante o Supremo Tribunal Federal, conforme decidido, pelo Plenário desta Corte, no recente julgamento da ADPF 347-TPI-MC-Ref (Rel. Min. Marco Aurélio), oportunidade em que foi negado referendo à decisão do ministro Relator, mantendo na esfera de competência dos juízes de execução a análise da situação individual de cada preso.

3. *In casu*, (a) a decisão que determinou a realização do exame criminológico encontra-se fundamentada em elementos concretos dos autos, não se podendo falar em ausência de fundamentação do decisor. (b) **Deveras, o indeferimento do pedido de progressão de regime, antecipadamente à realização do exame criminológico, fundou-se em que “os elementos constantes dos autos se mostram insuficientes à formação da convicção do Juízo, sobretudo considerando a gravidade, condições e circunstâncias da conduta ilícita, bem como a extensão da pena imposta”.** (c) Consecutariamente, diante dos fundamentos empregados para o indeferimento do pedido, inviável a apreciação da presente Reclamação, sob pena de convolá-la em sucedâneo recursal.

4. *Ex positis*, ausente violação do conteúdo da Súmula Vinculante 26 deste Supremo Tribunal Federal e incognoscível o pleito quanto à aplicação da Recomendação 62/2020 do CNJ, nego provimento ao agravo regimental.”

(STF - Rcl 40.037-AgR/SP - Rel. Min. LUIZ FUX - Primeira Turma - j. em 22/05/2020);

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – EXAME CRIMINOLÓGICO – REINCIDÊNCIA. Conforme dispõem os artigos 33, §2º, do Código Penal e 112 da Lei nº 7.210/1984, mostra-se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

indispensável à progressão de regime a observância de requisitos objetivo e subjetivo, os quais não de ser aferidos considerado o mérito do reeducando. **Ante o fato de tratar-se de reincidente, surge viável a exigência da realização do exame criminológico."**
(STF - HC 140.892/SP - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - Primeira Turma - j. em 18/02/2020).

Assim, em atenção às circunstâncias do caso concreto, de rigor a realização de prévio exame criminológico, para fins de apreciação do pedido de progressão de regime prisional, em conformidade com os entendimentos doutrinário e jurisprudencial acima mencionados.

Com essas considerações, **dou parcial provimento** ao Agravo de Execução Penal interposto pelo Ministério Público para, afastada a preliminar suscitada, cassar a decisão recorrida, que concedeu a progressão de regime à agravada, e determinar o seu imediato retorno ao regime prisional semiaberto, a fim de que seja submetida ao exame criminológico.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator