



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

Registro: 2025.0000418943

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003311-17.2025.8.26.0521, da Comarca de Boituva, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado HENRIQUE MENDES DE SOUSA.

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 cassar a decisão recorrida, que concedeu a progressão de regime ao agravado, e determinar o seu imediato retorno ao regime prisional semiaberto, a fim de que seja submetido 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, 30 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. 0003311-17.2025.8.26.0521

Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Agravado: Henrique Mendes de Sousa

Origem: Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal de Sorocaba – DEECRIM 10ª RAJ

MMª. Juíza de Direito: Daniella Camberlingo Querobim

Voto n. 13.058

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO DEFERIDA NO JUÍZO DE ORIGEM. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 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. AVALIAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO CONDICIONADA À REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO, EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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", 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 (Agravado 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 da questão sobre a declaração incidental da inconstitucionalidade parcial da Lei n. 14.843/2024, no que se refere à nova redação 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. O sentenciado foi prematuramente beneficiado com a progressão de regime prisional, razão por que se deve cassar a decisão do Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais, a

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

fim de que o agravado retorne imediatamente ao regime semiaberto, 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 - Primeira Turma - j. 15/12/2020; Rcl 42.743-AgR/SP - Rel. Min.

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

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, trata-se de sentenciado reincidente, condenado pela prática dos crimes previstos no art. 157, §2º, II, do Código Penal e no art. 129, §13, do mesmo Diploma Legal, combinado com o art. 5º, "caput", da Lei n. 11.340/06, à pena total de 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, cujo término de cumprimento está previsto para 25/12/2028, tudo conforme o boletim informativo a fls. 14/17, a evidenciar periculosidade e personalidade desajustada ao convívio social. Esse quadro, ao menos por ora, reclama a manutenção do agravado 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 cassar a decisão recorrida, que concedeu a progressão de regime ao agravado, e determinar o seu imediato retorno ao regime prisional semiaberto, a fim de que seja submetido ao exame criminológico.

VOTO

Os presentes autos versam sobre Agravo de Execução Penal em face de decisão que concedeu ao sentenciado a progressão para o regime prisional aberto (fls. 21/23).

Inconformado, o **Ministério Público do Estado de São Paulo** interpõe o presente recurso, sustentando a obrigatoriedade do sentenciado ser submetido a exame criminológico, para fins de progressão de regime, nos termos do art. 112, §1º e do art. 114, II, ambos da Lei n. 7.210/84, com a redação dada pela Lei n. 14.843, de 11 de abril de 2024. Alega, ainda, que há elementos concretos nos autos que justificam a realização do exame criminológico. Assim, seja pela obrigatoriedade determinada pela lei, seja pela presença de elementos concretos, requer a realização do exame criminológico

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

para a análise do preenchimento do requisito subjetivo para a concessão da benesse (fls. 01/08).

Em contrarrazões, a defesa requer o improvimento do recurso interposto (fls. 28/29).

Mantida a decisão recorrida (fls. 30), a **Procuradoria-Geral de Justiça** opina pelo provimento do Agravo de Execução Penal (fls. 40/49).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Inicialmente, consigno que a questão da obrigatoriedade da realização de exame criminológico sustentada pelo Ministério Público não merece prosperar.

Isso porque 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.

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

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

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 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

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

mais favorável ao sentenciado (*novatio legis in mellius*). [...] 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.

A 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. Rogerio Schietti Cruz – Decisão 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.

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

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 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)

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

"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."

(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, as condenações do sentenciado são anteriores à Lei n. 14.843/2024 (cf. atestado de penas a fls. 14/17), não sendo aplicável, portanto, o dispositivo legal em comento de forma retroativa.

Outrossim, desnecessária a análise da questão sobre a

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

declaração incidental da inconstitucionalidade parcial da Lei n. 14.843/2024, no que se refere à nova redação 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.

Por outro lado, importante destacar que, para situações anteriores à edição da nova lei, permanece a possibilidade de exigência da realização de exame criminológico, a qual passo a analisar.

Eis o teor da decisão agravada:

"Vistos.

Trata-se de pedido de progressão ao regime aberto formulado em favor de **HENRIQUE MENDES DE SOUSA**. O Ministério Público, deixando de se manifestar sobre o mérito do pedido, em razão do princípio da eventualidade, requereu a realização de exame criminológico com base na Lei nº 14.843/2024. É o relatório.

Fundamento e decido.

Inicialmente, em que pese o posicionamento sustentando pelo D. Representante do *Parquet*, este magistrado entende que a nova redação conferida ao artigo 112, §1º, da Lei de Execução Penal, acrescentada pela Lei nº 14.843/2024, que entrou em vigor em 11/04/2024, ao impor novo requisito à progressão de regime prisional, constitui verdadeira *novatio legis in pejus* – a qual, por força do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, não pode ser aplicada aos crimes cometidos anteriormente à sua publicação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada em 23/08/2024, por ocasião do julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 200.670/GO, decidiu pela inaplicabilidade da Lei nº 14.843/2024 aos crimes pretéritos, estabelecendo o julgado na seguinte ementa:

"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 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

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

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".

No mesmo sentido a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

"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 nº 0008723-90.2024.8.26.0996. Relator: Des. Nogueira Nascimento. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 29/07/2024).

Em decisões anteriores, o C. STJ também havia afastado o caráter obrigatório da realização de exame criminológico para progressão de regime:

"Nos termos da jurisprudência desta Corte, o exame criminológico deixou de ser obrigatório, para fins de progressão de regime prisional, mas, pode ser exigido pelo juiz ou Tribunal, mediante decisão fundamentada, que demonstre a necessidade da medida. Incidência da Súmula 439 do STJ e da Súmula Vinculante 26 do STF. Não apontada qualquer motivação concreta que demonstre o demérito do apenado, não pode o exame criminológico ser exigido, sendo certo que a gravidade abstrata do delito e a alta quantidade de pena não constituem fundamentos idôneos, sobretudo se há atestado recente de bom comportamento carcerário" (STJ, AgRg no Resp nº 1.113.040-RS).

Aliás, a solicitação de exame criminológico de maneira excepcional e justificada, à luz das circunstâncias do caso concreto, estão sumuladas nos Tribunais Superiores:

- No Superior Tribunal de Justiça, a súmula nº 439 dispõe que: *"Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada."*

- No Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante nº 26 estabelece: *"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 preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico"*.

Acrescente-se ainda que diante do quadro reduzido e deficitário de expertos nos estabelecimentos prisionais, submeter todos os apenados que alcançaram o lapso temporal a exames criminológicos, resultaria em enormes atrasos processuais e superlotação, violando o princípio da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana, bem como a observância estrita do dispositivo penal importará, na prática, em violação ao princípio da individualização da pena expresso no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal,

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

subtraindo de um grande número de apenados o direito a alcançar a progressão de regime quando preenchidos os requisitos legais. Outrossim, no caso em análise, considerando o período de cumprimento de pena e comportamento do executado no cárcere, entendo absolutamente desnecessária a diligência solicitada pelo Ministério Público, uma vez que não existe nos autos informação que torne essa medida imprescindível ao julgamento do pedido, sendo insuficientes, para tanto, a mera alusão à gravidade abstrata do delito (que constitui característica intrínseca ao tipo penal violado e que já fora considerada na dosimetria da reprimenda), ou eventual longa pena ainda por cumprir – porquanto seja exigido pela lei o cumprimento proporcional desse montante e não a sua integralidade. Assim, superada a única questão apontada pelo *Parquet*, que se resolve com a inaplicabilidade da Lei nº 14.843/2024 aos casos pretéritos, no mérito, o pedido é **procedente**.

O cálculo de pena demonstra que foi cumprida a fração necessária à progressão de regime e restou comprovando o bom comportamento carcerário, à vista do atestado emitido pelo Diretor Prisional. Presentes, portanto, os requisitos legais.

Ante todo o exposto, com fundamento no artigo 112, da Lei de Execução Penal, **promovo ao Regime Aberto de Prisão: HENRIQUE MENDES DE SOUSA** (Penitenciária - Itapetininga II, CPF: 474.521.638-69, MTR: 902356-5, RG: 54.744.998-7, RJI: 224464295-46), com as condições do art. 115, da LEP. Retifique-se o cálculo de penas, e encaminhe-se cópia desta decisão à Unidade Prisional responsável pela custódia do executado, para que realize a audiência de advertência para ingresso em regime aberto, cujo termo constitui parte integrante deste julgado. Ciência às partes.

A Autoridade Prisional, à vista do último cálculo de penas dos autos, verificará os processos abrangidos pelo benefício ora concedido. Se houver mandado de prisão emitido em processo não relacionado no respectivo alvará de soltura, deverá cautelarmente consultar este Juízo em como proceder antes de colocar o beneficiado em liberdade (art. 411, das NSCGJ)." (fls. 21/23).

Pois bem.

O sentenciado foi prematuramente beneficiado 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 o agravado retorne imediatamente ao regime semiaberto, procedendo-se à realização de exame criminológico.

Explico.

Algumas circunstâncias de fato não bastam, só por elas, para

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

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, 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

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

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 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

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

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.

[...]

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

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

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 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

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

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:

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.**

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

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 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).

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

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 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

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

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 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 do sentenciado, 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 do incriminado, haja vista que se verificam motivos concretos e idôneos à negativa da benesse.

No caso concreto, trata-se de sentenciado reincidente, condenado pela prática dos crimes previstos no art. 157, §2º, II, do Código Penal e no art. 129, §13, do mesmo Diploma Legal, combinado com o art. 5º, "caput", da Lei n. 11.340/06, à pena total de 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, cujo término de cumprimento está previsto para 25/12/2028, tudo conforme o boletim informativo a fls. 14/17, a evidenciar periculosidade e personalidade desajustada ao convívio social.

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

Esse quadro, ao menos por ora, reclama a manutenção do agravado 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 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

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

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);

"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**

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

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 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

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

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. 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 decisum. (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)

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

Consectariamente, 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 indispensável à progressão de regime a observância de requisitos objetivo e subjetivo, os quais hão 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, de rigor a realização de prévio exame criminológico, para fins de apreciação do pedido de progressão de regime prisional, não em razão da obrigatoriedade prevista pela nova redação do art. 112, §1º, da Lei n. 7.210/84, dada pela Lei n. 14.843/24, mas sim em virtude das circunstâncias do caso concreto, tudo 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 cassar a decisão recorrida, que concedeu a progressão de regime ao agravado, e determinar o seu imediato retorno ao regime prisional semiaberto, a fim de que seja submetido ao exame criminológico.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator