

HABEAS CORPUS Nº 467.394 - SP (2018/0226556-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : RAFAEL BESSA YAMAMURA - SP247835
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALLACE FERNANDO VIEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **WALLACE FERNANDO VIEIRA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente, aos 11/7/2018 (processo n. 0002530-85.2016.8.26.0496 – e-STJ, fls. 20-22) teve deferida sua progressão para o regime semiaberto. Homologado o cálculo de pena, o Juiz de 1º grau adotou como marco inicial para a concessão de benefícios executórios a data da decisão que concedeu ao apenado a progressão ao regime semiaberto (e-STJ, fls. 29-36).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que não conheceu do *mandamus*, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 43):

"*Habeas corpus* – Execução – Alegação de que a Data base para progressão de regime foi fixada de modo contrário ao entendimento das Cortes Superiores. Impossibilidade de apuração do pleito por não ser o 'habeas corpus' a via adequada para tanto – Ordem não conhecida."

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que a data-base para novos benefícios deve ser aquela em que o sentenciado preencheu o lapso temporal para a progressão anterior, independentemente da data da decisão judicial que deferiu o benefício, tendo em vista seu caráter declaratório.

Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, "a fim de se retificar o cálculo de liquidação de penas para que conste como data base para cálculo de progressão ao regime aberto a data em que o paciente cumpriu o requisito objetivo para a progressão ao regime semiaberto e não a data da decisão que concedeu o benefício" (e-STJ, fl. 9).

Liminar **deferida** às fls. 50-52 (e-STJ).

Informações prestadas às fls. 60-81 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 84-87).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, observo que a tese deduzida neste *mandamus* não foi debatida

na instância originária, uma vez que o Tribunal *a quo* não conheceu da impetração, ao fundamento de que o remédio constitucional não poderia ser utilizado como substitutivo de recurso próprio (e-STJ, fls. 42-45), de modo que esta Corte Superior acha-se impossibilitada de examiná-la, sob pena de incorrer em supressão de instância.

Ocorre que a jurisprudência desta Corte tem entendido que, nada obstante a existência de recurso específico, mostra-se cabível a impetração de *habeas corpus* sempre que a alegada ilegalidade estiver influenciando na liberdade de locomoção do indivíduo, o que ocorre nos autos (HC 373.274/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 07/03/2017).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que "Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta" (STF, HC 115.254, grifou-se).

Nesse sentido, destaco deste STJ:

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. EXCESSO DE PRAZO NA APRECIÇÃO DO PLEITO ANTERIOR, OBJETIVANDO O REGIME SEMIABERTO. DATA EM QUE EFETIVAMENTE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO, E NÃO A DATA DA EFETIVA INSERÇÃO NO REGIME INTERMEDIÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 115.254/SP, esta Corte Superior de Justiça, revendo o entendimento anterior, passou a entender que, 'na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta.' Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para cassar o acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* e determinar, em consequência, que o Juízo das Execuções Criminais

adote como data-base para futura progressão de regime o dia em que efetivamente implementados os requisitos objetivo e subjetivo, e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior." (HC 439.068/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 23/03/2018, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO DE EXECUÇÃO DA PENA. TERMO INICIAL PARA PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. DATA EM QUE O APENADO EFETIVAMENTE CUMPRIU O LAPSO TEMPORAL PARA O BENEFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Espécie em que o Juízo das Execuções, ao homologar o cálculo de execução da pena imposta ao Paciente, tomou por termo inicial para a progressão ao regime aberto a data da decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto, e não aquela em que o Apenado efetivamente cumpriu o lapso para o benefício.

2. 'Após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 115.254/SP, esta Corte Superior de Justiça, revendo o posicionamento anterior, passou a entender que, na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva' (HC 411.957/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

3. Ordem concedida para determinar a retificação do cálculo de penas, considerando como data base para a concessão da progressão de regime o dia em que o Apenado preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal." (HC 468.103/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 29/10/2018).

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NOVA ORIENTAÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. DATA-BASE PARA FUTURAS PROGRESSÕES. DATA NA QUAL IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ANÁLISE CASUÍSTICA PARA DEFINIR O MOMENTO EM QUE PREENCHIDO O ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência desta Corte Superior entendia que "o termo a quo para obtenção da progressão de regime é a data do efetivo ingresso do Apenado ao regime anterior, não podendo a decisão

judicial considerar tempo ficto ou retroagir à data do preenchimento dos requisitos [...]" (AgRg no HC n. 218.262/MG, Quinta Turma, Rel.^a Min.^a Regina Helena Costa, DJe de 28/5/2014).

III - A Segunda Turma do Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 115.254/SP, de relatoria do e. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento de que a decisão que concede a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva, razão pela qual o marco inicial para futuras progressões será a data em que o apenado preencher os requisitos legais, e não a do início da reprimenda no regime anterior.

IV - Alinhando-se a novel orientação da eg. Suprema Corte, a Quinta Turma deste Tribunal Superior, em 9/8/2016, quando do julgamento do AgRg no REsp n. 1.582.285/MS, de relatoria do e. Min. Ribeiro Dantas, evoluiu em seu entendimento "no sentido de que a data inicial para progressão de regime deve ser aquela em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data da efetiva inserção do reeducando no regime atual" (AgRg no REsp n. 1.582.285/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 24/8/2016).

V - Portanto, a data-base para verificação da implementação dos requisitos objetivo e subjetivo, previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/84, deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo.

VI - *In casu*, ante a determinação de realização de exame criminológico, o requisito subjetivo somente restou implementado no momento da realização do exame favorável ao paciente, razão pela qual deve ser considerado como data-base para nova progressão, mesmo estando o requisito objetivo preenchido em momento anterior. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 414.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/11/2017, grifou-se).

Desse modo, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a intervenção desta Corte.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinar que o Juízo da Execução refaça os cálculos do paciente, considerando como data-base o preenchimento dos requisitos do art. 112 da LEP.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Sem recurso, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator