HABEAS CORPUS Nº 502.943 - SP (2019/0098204-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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	:	SILVANO CARDOSO DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SILVANO CARDOSO DE SOUZA contra decisão proferida pelo Desembargador Relator do Agravo em Execução n. 90000356-46.2018.8.26.0506, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juiz da execução indeferiu pedido de progressão ao regime aberto.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante a Corte estadual. O recurso, no entanto, deixou de ser provido, em acórdão que trouxe a seguinte ementa (e-STJ, fl. 20):

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO ~ Retificação do cálculo de penas - Impossibilidade — É necessário que o sentenciado cumpra lapso temporal mínimo previsto em lei no regime anterior para fins de progressão de regime. Agravo improvido.*

Nesta ocasião, a Defensoria Pública alega que o paciente preenche o requisito objetivo para progressão ao regime aberto, sob o argumento de que o marco inicial para a contagem deve ser o da data do cumprimento dos requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não o da efetiva promoção ao regime intermediário, por ser uma decisão declaratória (não constitutiva), bem como porque deve ser feita a analogia à regra de regressão de regime em caso de falta grave, em que a data-base para progressão é contada a partir da prática da infração, e não da prolação da sentença da decisão que a reconhece.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a cassação do acórdão coator, a fim de que seja concedida a progressão de regime aberto ao paciente.

É o relatório. **Decido.**

A liminar em recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, **visualizo manifesta ilegalidade** no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

No caso, não se tem nos autos cópia da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Execuções Criminais de Ribeirão Preto, que teria indeferido o pedido de progressão de regime. Mas, conforme se extrai da decisão monocrática que negou provimento ao agravo em execução, a eg. Corte de origem assim se manifestou (e-STJ, fl. 21):

> *Com efeito, quando o sentenciado formula pedido de progressão de regime, ele possui uma expectativa de direito, uma vez que devem estar preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo.*
>
> *Sendo assim, após a análise do preenchimento desses dois requisitos, o juiz decidirá se o sentenciado possui ou não o direito à progressão,* ***de maneira que a contagem do novo lapso temporal só poderá ser feita a partir dessa decisão, não havendo que se falar em contagem a partir da data do preenchimento do requisito objetivo****, tão somente.*

Depreende-se que o Tribunal de origem considerou-se como marco inicial, a decisão que promoveu o paciente ao regime semiaberto.

Ocorre que a jurisprudência da Suprema Corte e deste Tribunal já é consolidada no sentido de considerar a natureza da decisão de progressão de regime como declaratória, fixando, assim, como data-base para concessão

da progressão aquela em que implementado todos os requisitos para a benesse.

Em que pese a jurisprudência não ter efeito vinculante, como a lei é omissa neste assunto, deve o julgador buscar as fontes de integração, afinal:

Código de Processo Penal:

> *Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.*

No caso, a Defensoria Pública de São Paulo informa que a progressão para o regime semiaberto ocorreu em 14/8/2018, mas que os requisitos para o benefício foram adquiridos em 28/3/2018, devendo ser esta última a data a ser considerada para fins de aferição do requisito objetivo para os futuros benefícios carcerários.

Eis alguns julgados sobre o caso:

> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. TERMO INICIAL EM QUE EFETIVAMENTE FORAM 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.*
>
> *2.* ***Após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 115.254/SP, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, estabelecendo 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, esta Corte Superior de Justiça, revendo o entendimento anterior, passou a adotar a nova orientação. (AgRg no REsp 1.582.285/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2016); (AgRg no REsp 1651205/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017); (HC 376.971/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 27/04/2017); entre outros.

3. ***Habeas corpus não conhecido. C ontudo, ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar deferida, determinar que se adote como data-base para futuras progressões de regime o momento em que o paciente preencheu os requisitos do art. 112 da LEP (objetivo e subjetivo) e não a data da efetiva inserção do reeducando no regime atual.***

(HC 483.834/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. EXCESSO DE PRAZO NA APRECIAÇÃO 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, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018)

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, Relª. Minª. 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, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)*

Ante o exposto, **defiro a liminar** para determinar ao Juízo da execução: ***a)*** a reapreciação do requisito objetivo para fins de progressão de regime do paciente, adotando como data-base o momento em que o paciente preencheu os requisitos do art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (objetivo e subjetivo) e não a data da decisão que promoveu o paciente no regime atual e ***b)*** a apreciação do requisito subjetivo para fins de progressão do regime do paciente.

Comunique-se a presente decisão ao Juízo de execução e ao Tribunal.

Ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator