HABEAS CORPUS Nº 498.429 - SP (2019/0072532-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIANA CHAIB - SP313698
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VINICIUS PEREIRA DE FRANCA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de **VINICIUS PEREIRA DE FRANCA,** contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Narram os autos que o paciente foi beneficiado com a progressão ao regime semiaberto por decisão de 1º Grau (fls. 22-23).

No entanto, no cálculo da pena, considerou-se, como data-base para novos benefícios, em especial a progressão ao regime aberto, a data da concessão, e não a efetiva em que ele adquiriu o direito ao benefício (fls. 29-30).

Houve interposição de agravo em execução pela Defensoria Pública, ao qual foi negado provimento, mantendo-se, portanto, a r. decisão combatida em sua integralidade (fls. 31-35):

> *"Agravo em execução penal.*
> *1. Recurso contra a decisão que indeferiu a retificação do cálculo das penas.*
> *2. Progressão no regime prisional.*
> *Impossibilidade da progressão por salto.*
> *3. Necessidade da satisfação do requisito de natureza temporal (1/6, 2/5 ou 3/5 da pena, dependendo do caso) no regime semiaberto para a obtenção da progressão ao regime aberto, independentemente do tempo de pena cumprida no regime fechado.*
> *4. Recurso desprovido."*

No presente **habeas corpus**, a Defensoria Pública estadual, ora

impetrante, sustenta que a decisão que concede a progressão de regime tem natureza declaratória e não constitutiva, de modo que a data-base para a próxima progressão deverá ser aquela em que o reeducando preencheu os requisitos legais e não a data em que proferida a decisão concessiva. Assevera que este é o atual entendimento da jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

No caso dos autos, esclarece que deve ser considerada a data de preenchimento do requisito temporal (objetivo).

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, para que se determine a anulação do v. acórdão, com a correção dos cálculos para a nova progressão, estabelecendo-se, como marco, a data em que o paciente preencheu os requisitos legais.

Liminar parcialmente deferida, às fls. 39-41.

Informações, às fls. 47-60 e 63-70.

O d. Ministério Público Federal oficiou pelo não conhecimento e concessão da ordem de ofício, às fls. 72-74, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PROGRESSÃO DE REGIME DE PENA. MARCO INICIAL PARA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL DE NOVO BENEFÍCIO. DATA EM QUE O APENADO IMPLEMENTOU O LAPSO TEMPORAL E NÃO O DIA DA EFETIVA INSERÇÃO NO REGIME INTERMEDIÁRIO. ILEGALIDADE PATENTE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO."*

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos

excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para melhor delimitar a **quaestio**, transcrevo os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão combatido (fls. 31-35):

"Assim, o período de experiência no regime fechado e no semiaberto para a progressão aos regimes semiaberto e aberto, respectivamente, é obrigatório. Nesse sentido, dispõe o artigo 112 da Lei n.º 7.210/84 que a progressão ocorre se cumprida parte da pena no regime anterior e, nele, houver bom comportamento carcerário, o que não se verifica na progressão por salto. A menção da lei ao cumprimento de pena no regime anterior condiciona a progressão para o aberto à estadia no regime semiaberto. Só com a experiência em regime de semiliberdade é que se pode aferir o preparo para o regime aberto.

O fato de o sentenciado ter cumprido o tempo correspondente a dois estágios no regime fechado não permite a progressão deste para o aberto, sem passar pelo semiaberto. O tempo legal de adaptação do preso e de exame sobre seu preparo para o regime seguinte é a condição necessária mínima para progredir no regime de cumprimento de pena. Assim dispõe expressamente o item 120 da exposição de motivos da Lei n.º 7.210/84: 'Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto".

De fato, no que tange à natureza da decisão que defere a progressão de regime prisional, a jurisprudência desta Corte Superior era firme no sentido de 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).

Contudo, a **Segunda Turma** do col. **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **HC 115.254/SP**, de relatoria do insigne 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, conforme v. acórdão assim ementado:

> *"Habeas Corpus. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do habeas corpus a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado.* ***4. 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. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva.*** *6. 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. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida"* (HC n. 115.254/SP, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 26/2/2016, grifei).

Alinhando-se à novel orientação do col. STF, a **Quinta Turma** deste Tribunal Superior, quando do julgamento do **AgRg no REsp n. 1.582.285**, de relatoria do insigne Min. **Ribeiro Dantas**, modificou 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"*, nos termos do v. acórdão que restou assim ementado:

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA DA EFETIVA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. PRECEDENTE DO STF. AGRAVO PROVIDO.

1. Revisão da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior, para adequar-se ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 115.254, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 26/2/2016, no sentido de que a data inicial para a 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 atual regime.

2. Aplica-se à progressão de regime, por analogia, o regramento da LEP sobre a regressão de regime em caso de falta grave (art. 118), que estabelece como data-base a prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a infração.

3. É de se considerar a necessidade de que os direitos sejam declarados à época adequada, de modo a evitar que a inércia estatal cause prejuízo ao condenado.

4. Agravo regimental a que se dá provimento" (AgRg no REsp n. 1.582.285/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 24/8/2016).

A **Sexta Turma** desta Corte Superior também revisou o seu posicionamento anterior, conforme se extrai do seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SUBSEQUENTE PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA EM QUE O REEDUCANDO PREENCHEU OS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA. ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO STF E DA QUINTA TURMA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Revisão da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior, para alinhar-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da Quinta Turma de modo a fixar, como data-base para subsequente progressão de regime, aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal e não aquela em que o Juízo das Execuções deferiu o benefício.

2. Consoante o recente entendimento do Supremo

Tribunal, a decisão do Juízo das Execuções, que defere a progressão de regime - reconhecendo o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo da lei (art. 112 da LEP) - é declaratória, e não constitutiva. Embora se espere celeridade da análise do pedido, é cediço que a providência jurisdicional, por vezes - como na espécie - demora meses para ser implementada.

3. Não se pode desconsiderar, em prejuízo do reeducando, o período em que permaneceu cumprindo pena enquanto o Judiciário analisava seu requerimento de progressão.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais" (HC n. 369.774/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 7/12/2016).

Nesse mesmo diapasão, os recentes precedentes desta **Quinta Turma** e da **Sexta Turma**:

"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 n. 414.156/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 29/11/2017).

"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.

[...]

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 n. 439.068/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 23/03/2018).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. DATA EM QUE O APENADO TERIA DIREITO AO BENEFÍCIO, CUMPRINDO OS REQUISITOS LEGAIS (ART. 118 DA LEP). DECISÃO CONCESSIVA DE NATUREZA DECLARATÓRIA. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, passou a entender que o termo inicial de contagem do lapso temporal para a progressão de regime deve corresponder à data em que o apenado efetivamente preencheu os requisitos legais do art. 118 da LEP, ou seja, a data em que teria direito ao benefício, tendo em vista a natureza declaratória da decisão concessiva da progressão de regime, devendo, pois, ser computado o tempo em que o apenado ficou no aguardo da análise do pedido.

3. A nova orientação promove tratamento mais justo e mais digno ao apenado, que não mais será punido com a mora e a ineficiência do Estado, passando a ser adotada por ambas as Turmas Criminais deste STJ. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para fixar a data em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da LEP como termo inicial para a

> *contagem do lapso temporal para fins de progressão de regime"* (HC n. 309.087/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 09/02/2017).

Verifica-se que a novel orientação da excelsa Suprema Corte e deste Tribunal Superior mostra-se mais razoável, ante a natureza declaratória da decisão que defere o pedido de progressão de regime, pois simplesmente atesta o preenchimento dos requisitos estipulados no art. 112 da Lei de Execução Penal.

Além disso, o novo entendimento evita que o apenado seja prejudicado pela eventual demora na apreciação do pedido de progressão, o que comumente acontece devido às limitações suportadas pelos Juízos da Execução Criminal e também pela excessiva quantidade de processos, reflexo da elevada população carcerária existente no país.

De igual modo, protege o apenado contra falhas administrativas no gerenciamento do sistema penitenciário, o que acaba por retardar o início do cumprimento da pena no regime adequado. Citem-se, como exemplo, os diversos **habeas corpus** impetrados nesta Corte Superior nos quais foi deferida a progressão de regime, mas, por ausência de vaga em estabelecimento adequado, o apenado continua cumprindo pena no regime mais gravoso por vários meses e até por mais de ano.

Seria flagrantemente desarrazoado prejudicar o apenado pelas falhas ou por eventuais atrasos imputados exclusivamente ao próprio Poder Judiciário ou à Administração Pública.

Portanto, o termo inicial para nova progressão de regime deverá ser a data em que foram implementados os **requisitos objetivo e subjetivo** descritos no art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data do efetivo ingresso do apenado no regime atual, ou a data em que deferida a progressão de regime.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**. **Concedo a ordem, de ofício**, para cassar o v. acórdão combatido e determinar que o d. Juízo da Execução Penal observe, como data-base para futura progressão de

regime, o dia do efetivo implemento dos requisitos objetivo e subjetivo, nos termos do art. 112 da LEP.

P. I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator