HABEAS CORPUS Nº 498.065 - SP (2019/0070296-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ANDRÉ PAULO FRANCISCO FASOLINO DE MENEZES - SP300939
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABRICIO TARCISIO ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de **FABRICIO TARCISIO ALVES**, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, no Agravo em Execução n. 0004416-73.2018.8.26.0521.

Depreende-se dos que o d. Juízo da Vara de Execuções indeferiu o pedido do paciente de progressão ao regime aberto, pois considerou ausente o requisito objetivo (fl. 39).

Irresignada, a Defesa interpôs agravo em execução, pleiteando que fosse considerado como termo inicial para progressão ao regime aberto, a data em que o paciente preencheu o requisito temporal para a progressão ao semiaberto, mas o eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme v. acórdão de fls. 44-47, assim ementado:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DATA-BASE. PROGRESSÃO DE REGIME. A data-base para a progressão é a data do efetivo ingresso no modo prisional e não o dia em que o apenado atingiu o direito a progredir. Possibilitar a retroação da data-base da progressão ao preenchimento apenas do requisito objetivo, quando a decisão foi proferida em data posterior, levaria, na prática, à concessão da promoção por salto ao regime aberto, o que é vedado. RECURSO DESPROVIDO."*

Daí o presente **writ**, em que a Defesa reitera os argumentos lançados na origem e afirma a necessidade de que seja considerado como termo inicial para progressão ao próximo regime, a data na qual o sentenciado preencheu o requisito temporal para a progressão ao regime anterior.

Requer, ao final, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, *"cassando a decisão proferida pela autoridade coatora, mantendo-se o cálculo de penas como já decidido pelo juízo de piso"* (fl. 11).

O pedido liminar foi **indeferido** (fls. 51-53).

As informações foram prestadas (fls. 59-108).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 111-115, pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem de ofício, em parecer com a seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE. MOMENTO EM QUE PREENCHIDO O ÚLTIMO DOS REQUISITOS (ART. 112 DA LEP). PROVIMENTO.*
>
> *- Na origem, cuida-se de agravo em execução interposto pela defesa do apenado objetivando a reforma da decisão do Juízo da Execução que indeferiu pedido de progressão do paciente para o regime aberto em razão da ausência do requisito objetivo.*
>
> *- No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 115.254/SP, a decisão que concede a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva, de modo a firmar como marco inicial para futuras progressões a data em que o apenado preencher os requisitos legais. A jurisprudência do C. STJ passou a se alinhar ao entendimento da Suprema Corte.*
>
> *- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, e pela concessão de ofício da ordem para definir como data-base para futuras progressões de regime o dia em que implementado o último entre os requisitos objetivo e subjetivo."*

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 apta a gerar constrangimento ilegal, 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 a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, consigne-se que, para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o reeducando preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 10.792/2003, podendo as instâncias ordinárias, excepcionalmente, diante das peculiaridades do caso concreto, determinar a realização de exame criminológico para aferir o mérito do apenado à progressão de regime, desde que essa decisão seja adequadamente motivada. Nesse sentido: HC n. 280.187/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 8/5/2014; HC n. 239.091/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 20/6/2012; Súmula n. 439/STJ; Súmula vinculante n. 26/STF; v.g.

Para melhor delimitar a **quaestio**, transcrevo, no ponto, excertos do acórdão do eg. Tribunal de origem, ao ratificar a decisão do Juízo das Execuções, que homologou o cálculo da pena, com fixação da data-base para nova progressão contada da efetiva concessão para o regime semiaberto (fls. 46-47), **verbis**:

"Do que se depreende dos autos, o inconformismo recursal limita-se à discussão da data-base pela qual o reeducando iniciará o cumprimento da fração da pena para progredir ao regime aberto, depois de anterior promoção do fechado ao semiaberto, se é a da decisão que lhe concedeu a benesse ou do preenchimento dos requisitos.

Pois bem. Sem razão o agravante.

Com efeito, não se pode confundir o preenchimento de um dos requisitos da progressão, o objetivo, com a progressão propriamente dita, que prescinde a análise também do mérito do sentenciado.

Ao contrário do alegado, o artigo 112 da LEP é claro e determina que, para usufruir ao direito à progressão de regime, o sentenciado deve cumprir "ao menos um sexto da pena", nas hipóteses dos crimes comuns, no regime anterior, além de possuir bom comportamento carcerário.

Ou seja, o mero cumprimento da fração determinada na lei não gera o direito automático do sentenciado à progressão, ainda mais porque o juiz da execução deverá analisar o preenchimento do requisito subjetivo.

Importante frisar, neste ponto específico, que em alguns casos, a promoção não pode ser imediata, eis que há a necessidade de realização de exame criminológico para aferição do mérito do reeducando. Daí a impossibilidade de determinar como data-base para o cálculo da progressão o simples cumprimento do requisito objetivo.

Como se não bastasse, possibilitar a retroação da data- base da progressão ao preenchimento do requisito objetivo, quando a decisão foi proferida em data posterior, levaria, na prática, à concessão da promoção por salto ao regime aberto, porquanto o lapso temporal estaria imediatamente cumprido, sem que o agravante experimentasse período razoável no regime intermediário."

A jurisprudência desta Corte Superior entendia que o termo inicial para obtenção da progressão de regime era a data do efetivo ingresso no apenado no regime anterior, de modo que não poderia o julgador considerar tempo ficto ou retroagir os efeitos da decisão à data do preenchimento dos requisitos.

Nesse sentido os seguintes precedentes: AgRg no REsp n. 1.556.922/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/8/2016; AgInt no REsp n. 1.581.688/RS, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/6/2016.

Contudo, a Segunda Turma do col. 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, 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).

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, de relatoria do 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 nota 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 07/12/2016).

Verifica-se que a nova orientação da col. 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.

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 existentes nos 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.

Por essa razão, o termo inicial para nova progressão de regime deverá ser a data em que implementados os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data em que deferida a progressão de regime.

Importante ressaltar que referida data 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.

Vale dizer, se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão.

Em se considerando, portanto, que a regra prevista no art. 112 da LEP condiciona a progressão de regime prisional ao preenchimento, tanto do requisito objetivo, quanto do subjetivo, quando implementados ambos é que o apenado fará jus ao benefício.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. **Concedo, todavia, a ordem, de ofício**, para determinar que o d. Juízo da Execução Penal adote como data-base para a progressão de regime, a data em que implementados os requisitos objetivo e subjetivo, devendo ser escolhida a data na qual preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo.

P. I.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator