HABEAS CORPUS Nº 510.506 - SP (2019/0138785-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	GABRIELA FONSECA DE LIMA E OUTROS
ADVOGADOS	:	GABRIELA FONSECA DE LIMA - SP252422
		AHMAD LAKIS NETO - SP294971
		DOUGLAS RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP327671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL DA SILVA FERNANDES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de RAFAEL DA SILVA FERNANDES no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Execução Penal n. 0000369-52.2019.8.26.0996.

Consta dos autos que o Juízo da Execução consignou que "não há que se falar em fixação de termo retroativo para as progressões de regime e nem que esta possui natureza declaratória".

E que "atingido o lapso, o sentenciado passa a ter uma expectativa de direito à progressão de regime, ela poderá ou não ocorrer, conforme a análise conjunta do requisito subjetivo à concessão da benesse" (fls. 20/21).

Interposto agravo em execução pela defesa, foi negado provimento ao recurso (fls. 15/19).

Sustenta a impetrante que *"a data-base a ser considerada para subsequente progressão de regime é aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal e não aquela em que o Juízo das Execuções deferiu o benefício"* (fl. 5).

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja determinada a retificação do cálculo de pena, em que se considere como termo inicial para a progressão de regime a data na qual o paciente preencheu o requisito temporal para a progressão ao regime semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 29/30.

Informações prestadas às fls. 36 e 38/45.

Parecer ministerial às fls. 47/52.

É o relatório.

Cumpre pontuar, inicialmente, que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, o caso revela constrangimento ilegal flagrante, tendo em vista que o ato apontado como coator se encontra em desconformidade com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No caso, alega-se que o paciente sofreria coação ilegal, ante a negativa da instância ordinária em efetuar alteração no cálculo de penas, para o fim de fazer constar como marco inicial para a progressão ao regime a data em que foram implementados os requisitos estabelecidos em lei.

No que concerne à matéria em análise, consoante o disposto no art. 112

da Lei de Execução Penal, para que o reeducando faça jus à promoção carcerária é necessário o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo estabelecidos em lei.

A propósito:

> *Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.*

Ocorre que a contagem do marco inicial para fins de progressão de regime é tema que vem sofrendo transformações por parte da jurisprudência vigente nos Tribunais Superiores.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento de que, a teor do disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal, a progressão de regime estaria condicionada ao cumprimento de determinado período de tempo no modo de resgate anterior, motivo pelo qual o deferimento do benefício deveria levar em conta a data em que o apenado efetivamente passou a resgatar sua pena no novo regime, e não o dia em que ele cumpriu o requisito objetivo previsto na norma.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 115.254/SP, passou a adotar posicionamento em sentido contrário, entendendo que, por ter a decisão que concede a progressão prisional natureza meramente declaratória, considera-se totalmente desprovido de razoabilidade transferir o ônus da inércia estatal para o apenado, prejudicando-o em seu pedido de deferimento para regime menos rigoroso, passando a Corte Suprema a entender que **o marco inicial para a concessão do benefício da progressão de pena é a data da implementação dos requisitos estabelecidos em lei.**

Confira-se teor da ementa do acórdão acima mencionado:

> *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 115254, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda

> Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016)

Por sua vez, este Sodalício alterou seu entendimento acerca do tema, a fim de aplicar a jurisprudência vigente no Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que a data inicial para fins de progressão de regime deve ser aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes julgados (destaques acrescidos):

> *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)
>
> *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 369.774/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016)

Assim, constata-se que o Tribunal local, ao definir como data-base para a progressão de regime a data da decisão judicial que efetivamente concedeu o benefício ao apenado, afrontou a jurisprudência vigente nos Tribunais Superiores, configurando constrangimento ilegal a ser sanado por este Sodalício.

Nesse contexto, merece reforma o acórdão impugnado para que seja retificado o cálculo de penas do reeducando, estabelecendo-se como termo inicial para a progressão ao regime aberto o momento em que o paciente implementou os requisitos necessários previstos do art. 112 da LEP para a promoção ao regime pleiteado.

Ou seja, a data-base para nova progressão de regime deve ser o instante da implementação dos requisitos objetivo e subjetivo previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984, isto é, em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RI/STJ, **não se conhece** do *writ*, concedendo-se, contudo, ***habeas corpus* de ofício** para reformar o acórdão impugnado, estabelecendo-se como marco inicial para progressão de regime a data em que o paciente preencheu os requisitos do art. 112 da LEP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator