

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 536.796 - SP (2019/0294784-7)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : FERNANDO RODOLFO MERCÊS MORIS - SP147338**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : MICHAEL DOUGLAS VICENTE (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **MICHAEL DOUGLAS VICENTE**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.200 dias-multa, negado o direito de apelar em liberdade.

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO – ABSOLVIÇÃO DIANTE DA FRAGILIDADE DAS PROVAS, DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 E ABRANDAMENTO DAS REPRIMENDAS IMPOSTAS – PROVIMENTO PARCIAL – MANTIDA A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – AS NEGATIVAS DOS RÉUS ESTÃO ISOLADAS E FORAM CONTRARIADAS PELOS RELATOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM AS PRISÕES EM FLAGRANTE – DESCLASSIFICAÇÃO IMPOSSÍVEL – RÉUS ABSOLVIDOS, POR MAIORIA, DA ACUSAÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO NARCOTRÁFICO – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE ASSEGUREM A ESTABILIDADE E DURAÇÃO DO VÍNCULO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA EM RELAÇÃO A ESTE CRIME – DOSIMETRIA PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 INALTERADA – REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS." (e-STJ, fl. 32).

Ainda inconformada, a defesa manejou agravo em execução, perante o TJSP, no qual pleiteou a retificação do cálculo quanto ao termo inicial fixado para a obtenção de nova progressão de regime, sustentando que a data-base deveria corresponder ao dia em que atendido o requisito temporal para a anterior progressão e não àquele em que foi proferida a decisão judicial que a concedeu. O recurso não foi provido, conforme a ementa:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - HOMOLOGAÇÃO DO

CÁLCULO DE PENAS - LAPSO TEMPORAL PARA FINS DE PROGRESSÃO - PLEITO DEFENSIVO PARA QUE A CONTAGEM SEJA FEITA A PARTIR DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL E NÃO DA DECISÃO JUDICIAL - NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA NO REGIME ANTERIOR - SÚMULA 491 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO DESPROVIDO" (e-STJ, fl. 158).

Neste *writ*, alega a defesa a ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista que "recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, através da qual, por unanimidade, os Ministros entenderam que a data-base para a progressão ao regime aberto deve ser a data em que o sentenciado preencheu o lapso temporal para a progressão ao regime semiaberto, independentemente da data da decisão judicial que deferiu o benefício, tendo em vista seu caráter declaratório" (e-STJ, fl. 4).

Requer, assim, inclusive liminarmente, que sejam cassados os efeitos da decisão do TJSP, "adotando-se, como data-base para o cálculo do lapso temporal para a progressão ao regime aberto, a data em que o paciente preencheu o lapso temporal para a progressão ao regime semiaberto, independentemente da data da sentença que deferiu o benefício e, em consequência, [seja determinada] a retificação do cálculo de penas" (e-STJ, fls. 8-9).

**É o relatório.**

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

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.

Nesse sentido, destaco deste STJ:

"*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).

"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).

"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<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. 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

# Superior Tribunal de Justiça

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 determinar que o Juízo das Execuções refaça os cálculos pertinentes ao paciente, considerando a data do preenchimento dos requisitos previstos no art. 112 da LEP.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator

