HABEAS CORPUS Nº 542.505 - SP (2019/0323275-0)

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	:	PAULO ROBERTO EVANGELISTA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **PAULO ROBERTO EVANGELISTA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente interpôs agravo em execução junto à Corte de origem contra decisão que determinou a elaboração de cálculo de penas, considerando como termo inicial para a progressão de regime o dia em que o sentenciado foi promovido ao regime semiaberto. O recurso defensivo não foi provido, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 51):

> "AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - CÁLCULO PARA PROGRESSÃO DE REGIME - Efetiva concessão da benesse anterior que deve ser tida como a data-base para aferição do requisito objetivo para nova progressão - Necessidade de cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime prisional em que o sentenciado se encontra, evitando-se censurável progressão por salto - Recurso desprovido."

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em resumo, que é desarrazoada a alteração da data-base para o cálculo de direitos na execução da pena por força de nova condenação transitada em julgado quando, após a unificação das penas, não ocorra modificação de regime. Afirma que não faz sentido desconsiderar o tempo já cumprido para efeito de cálculo dos direitos da execução quando não há mudança fática na execução, permanecendo o sentenciado no regime em que se encontra.

Pleiteia, por fim, a concessão da ordem para que seja cassado o acórdão impugnado, sustando-se a determinação que fixa o trânsito em julgado da última condenação do sentenciado como termo inicial para o cálculo de benefícios, mantendo-se como data-base a última prisão ou a última falta grave cometida pelo sentenciado.

Liminar indeferida às fls. 66-67 (e-STJ).

Informações prestadas às fls. 74-77, 79-89 e 95-100 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 103-108).

É o relatório.

Decido.

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.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FC916524-B6D9-4CAF-8CCB-FAFEC568883B

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.

De início, verifico que, como bem ponderou o Ministério Público Federal em seu parecer, as razões apresentadas na inicial do presente *mandamus* estão completamente dissociadas do caso concreto, na medida em que não se trata de unificação de penas.

Segundo consta das informações (e-STJ, fls. 96-97), o paciente foi condenado pelo crime de tráfico de drogas, e o Juízo da Execução deferiu a progressão ao regime semiaberto, mas determinou a elaboração do cálculo para fins de progressão ao regime aberto, a partir da data da decisão que o progrediu ao regime intermediário.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução, o qual restou desprovido, mediante a seguinte fundamentação (e-STJ, fl. 53):

> "[...]
> Com efeito, deve-se tomar como data-base para início da contagem do período aquisitivo para nova progressão o início do cumprimento de pena pelo sentenciado no regime anterior, e não a mera verificação da fração exigida por Lei, até porque, antes de efetivamente concedida a progressão, o que há é mera expectativa de direito, já que, concomitantemente à satisfação do requisito objetivo, é imprescindível, para o gozo da benesse, o preenchimento do pressuposto subjetivo, invariavelmente analisado diante do caso concreto.
> A par disso, conclui-se que a natureza da decisão que concede a progressão de regime não é meramente declaratória, revestindo-se, destarte, de caráter constitutivo."

Feitas tais considerações, a despeito das alegações da defesa, que não possuem relação com o caso dos autos, entendo que a ordem deve ser concedida, de ofício, por outros fundamentos.

Com efeito, 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. 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" (STF, HC 115.254, grifou-se).

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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FC916524-B6D9-4CAF-8CCB-FAFEC568883B

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 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, DJe 23/03/2018, grifou-se).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FC916524-B6D9-4CAF-8CCB-FAFEC568883B

"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, DJe 29/11/2017, grifou-se).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FC916524-B6D9-4CAF-8CCB-FAFEC568883B

Desse modo, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a intervenção desta Corte.

Por outro lado, cumpre ressalvar que, caso seja homologada pelo Juízo da Execução a falta grave em tese cometida pelo ora paciente – noticiada à fl. 97 – deverá ser observado o disposto na Súmula 534/STJ ("a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração").

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 da Execução refaça os cálculos do paciente, considerando como data-base o preenchimento dos requisitos do art. 112 da LEP, observando-se, ainda, o enunciado da Súmula 534/STJ, na hipótese de eventual reconhecimento da falta grave noticiada.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

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

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO **RIBEIRO DANTAS**
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FC916524-B6D9-4CAF-8CCB-FAFEC568883B