RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.698 - SP (2020/0067201-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	LEANDRO ALCANTARA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL KODAMA - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 112 DA LEP. INOCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **LEANDRO ALCANTARA DOS SANTOS**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 41-44).

Nas razões do recurso especial (fls. 57-71), o recorrente sustenta malferimento ao **art. 112 da Lei de Execução Penal**, em razão da homologação do cálculo de pena que adotou como data-base para progressão ao regime aberto a data da sentença concessiva do regime semiaberto.

Afirma 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*" (fl. 64).

Pretende, ao final, o provimento do apelo nobre "*a fim de que ocorra a retificação do cálculo de penas elaborado para que nele seja considerado como termo inicial para progressão ao regime aberto a data na qual o sentenciado preencheu o requisito temporal para progressão ao regime semiaberto*" (fl. 71).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85

Apresentadas as contrarrazões (fls. 76-80), o recurso foi admitido na origem (fl. 83)e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial (fls. 98-102).

É o relatório.

Decido.

Nos autos da Execução Penal nº 0004387-97.2018.8.26.0026, o MM. Juízo de primeiro de primeiro grau deferiu ao ora recorrente a progressão para o regime semiaberto, sob os fundamentos **verbis** (fls. 10-11):

*"O pedido é **procedente**.*
O lapso temporal exigido foi resgatado e existe anotação de bom comportamento carcerário.
Por outro lado, as demais informações constantes dos autos indicam que também ostenta o requisito subjetivo para a progressão prisional, inclusive em razão da boa conduta carcerária atual e da inexistência de falta disciplinar. Além disso, o "boletim informativo" emitido pela unidade prisional não foi impugnado pelo Ministério Público. Apresenta mérito suficiente para a progressão de regime, que lhe dará estímulo para a sua recuperação social.
*Assim, presentes os pressupostos autorizadores do benefício em questão, **defiro o pedido para determinar a progressão ao regime semiaberto**. Oficie-se à unidade prisional para remoção do preso para unidade adequada, tomando-se as providências em cumprimento ao contido na Súmula Vinculante n° 56 do STF.*
Anote-se e atualize-se o cálculo. Consigno que se não for apresentada impugnação ao referido cálculo, presumir-se-à a concordância a seus termos, o qual homologo desde logo."

Inconformada, a Defesa interpôs **agravo em execução**, com objetivo de retificação do cálculo das penas, para que fosse considerado como termo inicial da progressão ao regime aberto a data do preenchimento do requisito temporal para progressão ao regime semiaberto. O Tribunal de origem, à unanimidade, **negou provimento ao recurso defensivo** (fl. 41-44).

No tocante à apontada **violação ao artigo 112 da Lei de Execução Penal**, o Tribunal de origem, sobre a **quaestio juris** consignou, **verbis** (fls. 41-43):

"Respeitado o entendimento contrário, o agravo não pode

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85

ser provido.

Isso porque, diversamente do que alega o agravante, uma vez atingido o lapso temporal necessário para a progressão, o reeducando tem apenas uma expectativa de direito ao benefício, que poderá ser concedido ou não, pois depende, ainda, do exame do requisito subjetivo, condição essencial ao deferimento da benesse.

Tal entendimento está em plena consonância com o disposto no artigo 112 da Lei de Execução Penal:

> *"**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" (grifos nossos).*

*Ora, da leitura da norma é possível depreender que, para a progressão de regime não basta que o apenado cumpra o lapso temporal ali mencionado o qual, frise-se, não é de 1/6, mas de "**ao menos 1/6**", ou seja, pode ser ultrapassado , mas, também, que ostente bom comportamento carcerário. E, esse último requisito somente será examinado quando da decisão acerca do deferimento do benefício, caso contrário, não poderia ser levada em conta eventual falta grave ou mau comportamento ocorrido após cumprido o prazo legal, o que, certamente desrespeitaria as normas que vedam a progressão."*

O entendimento esposado pelo acórdão profligado está em conformidade com a orientação jurisprudencial desta eg. Corte Superior de Justiça, no sentido de que "***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***" (HC 376.971/DF, **Quinta Turma**, **sob minha relatori**a, DJe 27/4/2017, grifei).

Como bem obtemperou o Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 99-101):

"[...] esse Superior Tribunal de Justiça aderiu ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 115.254/SP, passando a considerar como termo a quo para a obtenção de

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85

nova progressão de regime a data em que o apenado efetivamente passa a cumprir os requisitos legais do benefício, tendo em vista que a posterior decisão que defere a benesse possui natureza meramente declaratória.

5. Desse modo, o marco para a progressão ao regime aberto será a data em que o apenado preencheu os requisitos legais (art. 112, LEP) para a progressão ao regime semiaberto, e não a data do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior.

[...]

6. Ocorre que, ao que se infere do acórdão impugnado, o preenchimento do requisito subjetivo ainda se encontrava pendente por ocasião da data da decisão que analisou o pedido de progressão de regime.

[...]

7. Nos termos da jurisprudência dessa e. Corte Superior, "a data-base para verificação do implemento dos requisitos objetivo e subjetivo, previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984, 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" 4 .

8. Portanto, no presente caso, não se verifica violação ao art. 112 da LEP."

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* ***DATA-BASE PARA FUTURA PROGRESSÃO. DATA EM QUE FORAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.*** *EXAME CRIMINOLÓGICO. ADEQUAÇÃO PARA AFERIR O REQUISITO SUBJETIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, no HC n. 115.254/SP, passou a adotar o posicionamento de que, por ter a decisão que concede a progressão de regime natureza meramente declaratória, o marco inicial para a concessão do benefício é a data do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal.*
>
> *2. No caso em análise, embora preenchido anteriormente o requisito objetivo pelo paciente, o lapso inicial a ser considerado para fins de promoção carcerária é o momento em que foi implementado o último requisito legal, o qual, segundo a Corte estadual, foi atestado por meio de "Informações*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85

Psicológicas e Relatório Social, elaborados em 31 de julho de 2019 e assinados por psicólogo e assistente social respectivamente, atestando o mérito do paciente para a obtenção da almejada progressão de regime", ocasião em que entendeu estar preenchido o requisito subjetivo.

3. ***Nesse contexto, verifica-se que o Tribunal de origem, ao definir como termo inicial para fins de progressão de regime o momento em que atingidos os requisitos objetivo e subjetivo para o regime aberto, decidiu em consonância com a jurisprudência deste Sodalício.***

4. A alegação defensiva de que o exame criminológico não seria instrumento adequado para aferir o preenchimento ou não do requisito subjetivo pelo apenado, não foi objeto de deliberação pela autoridade impetrada, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

5. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 540.250/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 16/03/2020, grifei)

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. ***PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE. DIA DO IMPLEMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.*** *MANUTENÇÃO DO DECISUM.*

1 - A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 115.254/SP, 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 a progressão seguinte será a data em que o apenado preencher os requisitos legais e não aquela da decisão que concedeu ou do efetivo início da reprimenda no regime anterior.

2. ***Abraçando tal entendimento, a Quinta Turma deste Tribunal Superior, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.582.285/MS, passou a perfilhar a orientação 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"***.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85

462.263/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/08/2019, grifei)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. ENTENDIMENTO DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NOVA ORIENTAÇÃO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE. 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 DO ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 em. 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"

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85

(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.***

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o MM. Juiz das Execuções adote como data-base para futuras progressões de regime o dia em que implementado o último entre os requisitos objetivo e subjetivo." (HC 376.971/DF, **Quinta Turma**, **sob minha relatori**a, DJe 27/04/2017, grifei)

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do STJ**, nego provimento** ao recurso especial.

P. I.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6DCAA944-86D8-4884-9F64-8ADA522E5F85