HABEAS CORPUS Nº 358.575 - SP (2016/0149709-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	ANA CAROLINA FRANZIN BIZZARRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	KATIA DE JESUS SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **KATIA DE JESUS SILVA**, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente descontava pena de reclusão de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses com início de resgate em 13/1/2013 (execução n. 2), quando sobreveio nova condenação por crime hediondo praticado em 24/9/2014 (falta grave), o que deu ensejo à execução n. 3, autuada em 13/2/2015.

Realizada a unificação das penas, o Juízo de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo homologou cálculo de penas, considerando como início de cumprimento da pena da execução n. 3 data anterior à efetiva prática do crime, por se tratar de delito mais grave que o da execução n. 2.

Diante disso, o Ministério Público requereu fosse retificado o cálculo para que se alterasse o ICP, considerando como termo inicial de cumprimento de pena a data da prisão em flagrante pelo crime que originou a 3° Execução (24/10/2014), detraindo-se o período de prisão anterior a esta data (e-STJ, fl. 33).

O requerimento ministerial foi indeferido e foi mantida a decisão pelo Juízo singular, sob o fundamento de que as penas mais graves são cumpridas primeiro, nos termos do art. 76 do Código Penal (e-STJ, fl. 35).

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem que, à unanimidade, deu provimento ao recurso ministerial (e-STJ, fls. 76-80) "a fim de cassar a r. decisão combatida, determinando que seja elaborado novo cálculo, considerando como termo inicial de cumprimento de pena a data da prisão em flagrante pelo crime objeto da excecução 3 (24 de setembro de 2014), detraindo-se o período de pena cumprido antes desta data" (e-STJ, fl. 80).

Neste *writ*, a impetrante alega que o cumprimento da pena pelo delito hediondo tem preferência sobre o crime comum, por ser mais grave. Sustenta que a modificação indevida do início do cumprimento de pena importa em reinício da contagem do lapso para todos os direitos da execução, dentre os quais o livramento condicional e o indulto/comutação, já que desprezada a pena já cumprida pela paciente (e-STJ, fls. 1-7). Aduz que "o fato de que a pena mais grave deve ser cumprida primeiro não justifica, nem exige a alteração do ICP. Há como fazer o cálculo SEM impor o ônus da postergação dos lapsos ao paciente, sem interrupção de lapsos" (e-STJ, fl. 7).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para cassar o acórdão impugnado e determinar que "os cálculos sejam mantidos, permanecendo a data do início do cumprimento da pena (ICP)", conforme homologado pelo Juízo singular (e-STJ, fl. 7).

Sem pedido liminar.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo "não conhecimento do *habeas corpus* e pela não concessão da ordem de ofício" (e-STJ, fls. 92-95).

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.

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.

In casu, a Defensoria Pública estadual sustenta :

> "**O advento de nova condenação no curso do cumprimento de pena relativa à outra condenação importa na unificação das penas, nos termos do artigo 111 da LEP. Com a unificação, há apenas uma data de início de cumprimento de pena e apenas uma data de término.**
> O artigo 76 do Código Penal prevê que, no concurso de infrações, a pena a ser executada primeiro deve ser a mais grave. Observa-se, assim, que o artigo não determina que deva ser alterada a efetiva data em que o paciente iniciou o cumprimento da pena unificada, mas apenas que, após a unificação das penas, o cumprimento de cada uma delas deve ser procedido com observância de uma ordem decrescente de gravidade.
> **A previsão contida no artigo 76 vem, portanto, em favor dos sentenciados, na medida em que será cumprida primeiramente a pena mais gravosa, em relação à qual os lapsos necessários à obtenção de direitos da execução são maiores e em relação à qual alguns direitos são, inclusive, vedados, e, depois, a pena mais leve.**
> Assim, considerando que não há qualquer autorização ou determinação, no artigo 76, para que o ICP seja alterado, e tendo em vista que o artigo existe em benefícios dos sentenciados, **não pode ser conferida interpretação extensiva ao artigo em prejuízo da paciente.**
> Ao consagrar-se este entendimento, **de que o ICP deve ser alterado, a paciente não poderá obter direitos da execução no momento adequado.**
> Considerando-se que as penas foram UNIFICADAS, é a data da primeira prisão que deverá constar como início de cumprimento de pena. Desta forma, o cálculo, corretamente, indicará os lapsos para benefício a partir do ICP original, ou seja, da primeira prisão.
> [...]
> Com a indicação do ICP da última execução, ainda que se desconte o tempo já cumprido, como determina o v. acórdão, **os lapsos serão alcançados muito depois da época devida, na medida em que a pena já cumprida deixa de integrar a base de cálculo dos lapsos, reiniciando-se a contagem dos lapsos, o que, obviamente, não pode prosperar, pois não atende aos escopos da LEP, porque não é o que prevê o artigo 76 do Código Penal e porque não há amparo legal para a interrupção de lapsos pela prática de falta grave ou de novo crime.**

> [...] o cálculo, como o v. acórdão entende que deve ser realizado, prejudica a paciente, na medida em que a alteração do ICP implica postergação dos lapsos necessários à obtenção de direitos da execução, **vez que a contagem dos lapsos é reiniciada, o que não encontra amparo legal.** O fato de que a pena mais grave deve ser cumprida primeiro não justifica, nem exige a alteração do ICP. Há como fazer o cálculo SEM impor o ônus da postergação dos lapsos ao paciente, sem interrupção de lapsos. Assim, de rigor seja cassada a decisão.
> [...]" (e-STJ, fls. 3-7 – grifou-se).

Primeiramente, a controvérsia cinge-se em saber se coexistindo duas condenações, uma por crime hediondo e outra por crime comum, deve-se executar a primeira por ser mais grave, nos termos do art. 76 do Código Penal.

Com efeito, coexistindo duas condenações, uma por crime hediondo ou a ele equiparado e outra por crime comum, deve ser executada primeiramente a de **sanção mais grave**, devendo a pena mais branda ser cumprida posteriormente.

No entanto, a despeito do delito hediondo ser considerado mais grave em relação ao crime comum, se a reprimenda privativa de liberdade aplicada para ambos for de reclusão, não há falar em pena mais grave em razão da natureza do crime praticado.

Esse é o entendimento predominante de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> "PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. ORDEM DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MAIS GRAVE. ART. 76 DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO DA PENA DECORRENTE DE CRIME HEDIONDO COM PRECEDÊNCIA À DE CRIME COMUM. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. *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 - O critério expressamente adotado pelo art. 76 do Código Penal refere-se à gravidade das penas privativas de liberdade, a saber, reclusão e detenção. Assim, havendo mais de uma condenação, com penas diversas, executa-se primeiro a pena de reclusão com precedência sobre a detenção, em ordem cronológica, sendo irrelevante se o delito é comum ou hediondo.**
> *Habeas Corpus* não conhecido."
> (HC n. 325.645/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 29/09/2016 – grifou-se.)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ART. 76 DO CP. EXECUÇÃO. DELITO COMUM E HEDIONDO. PENAS DA

> MESMA ESPÉCIE (RECLUSÃO). AUSÊNCIA DE REPRIMENDA MAIS GRAVE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> **1. Segundo a dicção do art. 33 do CP, são duas as modalidades de pena privativa de liberdade, quais sejam: reclusão e detenção. A primeira é mais grave que a segunda e, nos termos do art. 76 do Estatuto Repressivo, deve ser cumprida primeiramente.**
> 2. **A despeito do delito hediondo ser considerado mais grave em relação ao crime comum, se a reprimenda privativa de liberdade aplicada para ambos for de reclusão, não há falar em pena mais grave em razão da natureza do crime praticado e, pois, em incidência da regra do art. 76 do CP. Precedentes.**
> 3. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no HC n. 406.980/SC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJ 27/03/2018 – grifou-se.)

Outro ponto a ser analisado *in casu* diz respeito aos efeitos da unificação para fins de futuros benefícios da execução penal da paciente.

O Tribunal *a quo* reformou a decisão do Juízo das Execuções Criminais, pelos seguintes fundamentos:

> "[...]
> Desse modo realizada a unificação das penas, nos termos do artigo 111, da lei de Execução Penal, **deve ser considerado como início do cumprimento da pena a data da prática do crime mais grave, objeto da execução 3,** descontando-se, da execução 2, o tempo de pena já cumprido.
> Noutras palavras, **o cálculo deve ser elaborado respeitando a data de início da pena do crime equiparado a hediondo, para posterior cumprimento da pena remanescente, efetuando as detrações necessárias**.
> Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo, a fim de cassar a r. decisão combatida, **determinando que seja elaborado novo cálculo, considerando como termo inicial de cumprimento da pena a data da prisão em flagrante pelo crime objeto da execução 3** (24 de setembro de 2014), detraindo-se o período de pena cumprido antes desta data". (e-STJ, fls. 76-80.)

Sobre o tema em debate, ressalte-se, desde logo, que as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte tinham, ambas, pacífico entendimento de que, em caso de superveniente condenação definitiva imposta ao sentenciado, decorrente de fato anterior ou posterior ao início da execução penal, a contagem do prazo para concessão de benefícios seria interrompida e deveria ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas.

Tal posicionamento estabelecia, como termo *a quo* para concessão de futuros benefícios, a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória.

Entretanto, no julgamento do Recurso Especial n. 1.557.461/SC, de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, publicado em 15/3/2018, a Terceira Seção deste Superior Tribunal modificou sua linha jurisprudencial sobre a matéria, passando a adotar parâmetro distinto, conforme revela a ementa do aludido precedente:

> "RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO *A QUO* PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o *quantum* obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal.
> 2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução.
> 3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto.
> Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante *bis in idem*.
> 4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado.
> As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena.
> 5. Recurso não provido". (REsp 1.557.461/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/2/2018, DJe 15/3/2018).

Naquela oportunidade, proferi voto vogal - abaixo parcialmente transcrito - que delineia as balizas da nova diretriz pretoriana, no que tange à fixação da data-base para a aquisição de benesses na execução, após a unificação de penas:

> "[...] Existem pelo menos quatro modalidades de fixar a data-base que aparecem de forma recorrente em decisões nos tribunais, adotados de acordo com o caso concreto: **a)** data da última prisão; **b)** data da soma de penas; **c)** data do cometimento do delito ou **d)** data do trânsito em julgado da última condenação.
> Entendo que a questão requer estudo detalhado, uma vez que, a depender do marco considerado para progressões futuras, pode-se alongar, e muito, o tempo de prisão em um regime mais gravoso, violado o sistema progressivo da execução e contribuindo

sobremaneira para a superlotação carcerária, mantendo-se por mais tempo o encarceramento.
Assim, diante das várias interpretações possíveis, deve-se optar, no caso concreto, por aquela que mais garante o direito à liberdade do reeducando. [...]
Importante consignar que prática de falta grave no curso da execução interrompe o prazo para a progressão de regime na data do fato e não na data posterior que reconhece a infração. Entendimento já firmado no enunciado da Súmula 543 do 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**'.

Esse entendimento foi sintetizado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp 1.176.486, o qual consignou que "[...] o cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica [...] nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação de pena" (EREsp 1.176.486, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª S., DJe 1º/6/2012).
Quanto ao tema, rememoramos as Súmulas n. 441 e 535 do STJ, a seguir reproduzidas, respectivamente:

> 'A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional'.

> 'A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de penas ou indulto'.

Dessa forma, se a data-base para a progressão de regime é a data cometimento da infração, idêntico entendimento deve ser aplicado à hipótese de cometimento de crime no curso da execução, já que também constitui falta disciplinar de natureza grave.
Logo, a prática de fato definido como crime doloso no curso da execução constitui falta grave e ocasiona a alteração da data-base, configurando constrangimento ilegal nova alteração da data-base em razão da superveniência do transito em julgado de sentença condenatória.
Diante do exposto, pedindo vênia à divergência, acompanho o relator para negar provimento ao recurso especial, **entendendo que se deve fixar a data da última prisão como marco interruptivo para concessão de benefício, no caso de crimes cometidos antes da execução da pena, e, nos casos de delitos cometidos no curso da execução, a data do cometimento da última infração disciplinar (último fato criminoso)**."

No caso dos autos, o juízo singular entendeu que não se trata de interrupção do lapso temporal em razão do cometimento de falta grave, o que diverge da orientação firmada pela Terceira Seção do STJ. De outro lado, vê-se que o *decisum* da Corte *a quo* também encontra-se desarmônico em relação à orientação deste Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, apesar de o paciente ter cometido crime doloso, considerado falta grave, durante a execução penal, isso não se presta a interromper a contagem do prazo para a concessão de indulto e nem de comutação da pena, apenas.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus.* Contudo, **concedo a ordem**, **de ofício**, para cassar as decisões das instâncias ordinárias e determinar que Juízo de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo reavalie a unificação de penas da paciente em consonância com os entendimentos desta Corte superior de Justiça acima apresentados, a fim de retificar seu cálculo de penas, para fixar como data-base para futuros benefícios da execução, a data do cometimento da última infração disciplinar (último fato criminoso), por se tratar de crime cometido no curso da execução (falta grave), **ressalvando**, contudo, **da nova data-base** o termo *a quo* para o livramento condicional, a comutação de penas e o indulto (Súmulas 441 e 535 do STJ).

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo singular, encaminhando-se-lhes cópias desta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator