HABEAS CORPUS Nº 484.414 - SP (2018/0335575-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO
ADVOGADO	:	GUILHERME PEREIRA NASCIMENTO - SP269210
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LAUDENIR LUIS DE SOUSA ORTOLAN (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de LAUDENIR LUIS DE SOUSA ORTOLAN contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto, com término previsto para 19.5.2024. O Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Ribeirão Preto/SP determinou elaboração de cálculo de pena, observando-se que, realizada a soma das reprimendas a cumprir, deve-se considerar, como data-base para concessão dos benefícios de progressão de regime prisional e do livramento condicional a data do trânsito em julgado da nova condenação ou a data da própria decisão condenatória superveniente, caso o sentenciado tenha respondido ao processo solto ou preso, respectivamente (e-STJ fls. 46/78).

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o TJSP, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de que o reinício do lapso temporal ocorra tão somente para fins de progressão de regime (e-STJ fls. 106/112).

No presente *writ*, o impetrante alega constrangimento ilegal, sustentando que a unificação das penas não determina, necessariamente, a alteração da data-base para a progressão de regime, por inexistência de previsão legal.

Requer, nesse diapasão, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, "para o fim de determinar que a unificação de pena não altera a data

base para obtenção dos beneficios executórios, por falta de previsão legal" (e-STJ fls. 8/9).

Despacho solicitando informações e concedendo vista dos autos ao Ministério Público Federal (e-STJ fl. 118),

Embargos de declaração opostos contra o referido despacho, sustentando que houve contradição, haja vista que não foi apreciado o pedido liminar, não obstante requerimento expresso nesse sentido. Requer, assim, a apreciação da medida antecipatória postulada (e-STJ fls. 123/125).

Informações prestadas pelo Juízo do DEECRIM 6ª RAJ - Comarca de Ribeirão Preto/SP (e-STJ fls. 127/167).

O Ministério Público Federal opina pela concessão do *habeas corpus* de ofício (e-STJ fls. 171/175).

É o relatório. **Decido.**

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo em que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, a título de exemplo, confiram-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113.890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014).

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa, passo à análise do pleito a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, no presente *mandamus*, seja determinada a elaboração de novo cálculo de pena, modificando-se a data-base para

benefícios relativos à execução das penas do sentenciado.

A minha orientação quanto à matéria posta nos autos amparava-se na jurisprudência então pacificada nesta Corte que se orientava no sentido de que, sobrevindo condenação ao apenado, por fato anterior ou posterior ao início da execução penal, a contagem do prazo para concessão de benefícios era interrompida, devendo ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas. Feita a unificação de penas, considerava-se como termo *a quo* para contagem do novo período aquisitivo de benefícios executórios o trânsito em julgado da sentença condenatória superveniente.

Tenho, no entanto, que a questão está superada por recente alteração no entendimento da 3ª Seção sobre o tema, ocorrido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 381.248/MG, de Relatoria da Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, ocasião em que, após melhor refletir sobre o assunto, acompanhei divergência iniciada pelo Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, cujo entendimento prevaleceu, no sentido de estabelecer como **marco inicial para a concessão de benefícios** na execução, após a unificação de penas, **a data da última prisão do apenado**. Em meu voto, assim abordei o assunto:

> *(...)*
>
> *Consta dos autos que o Juízo das Execuções, ao realizar a unificação das penas do paciente, consolidou a pena total a ser cumprida em 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, "do qual deve ser descontado o período já cumprido e eventualmente remido e comutado",* ***considerando como marco inicial para benefícios da execução a data*** *de 2/11/2014,* ***quando o paciente foi preso pela última vez*** *(e-STJ fl. 15).*
>
> *(...)*
>
> *A questão sob análise se refere ao instituto da unificação das penas e sua repercussão sobre a data-base para concessão de futuros benefícios da execução. De plano, observo que o art. 111 da Lei de Execuções Penais está inserido na seção que trata do regime de cumprimento da pena. Portanto, a unificação realizada não tem o propósito de definir nova data-base para benefícios da execução, mas sim de determinar a pena total a ser*

cumprida e o regime.

Ao ensejo:

> Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.
>
> Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Nesse contexto, entendo que a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a unificação deve levar em consideração o trânsito em julgado da nova condenação, apenas faz sentido para a efetiva fixação da pena total e do regime adequado, uma vez que a pena aplicada se torna definitiva nesse momento. No entanto, a meu ver, os benefícios da execução não guardam relação alguma com a superveniência do trânsito em julgado da condenação, quer por crime anterior quer por crime posterior.

Assim, ainda que a jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sejam no sentido de que o trânsito em julgado da condenação superveniente é marco interruptivo da execução, não vislumbro campo constitucional, legal ou fático, para manter referido entendimento. Note-se que os precedentes se pautam no Habeas Corpus n. 77.765/PR, de Relatoria do Ministro Nelson Jobim, julgado em 6/10/1998.

Contudo, conforme trazido pelo Ministro Sebastião em seu voto-vista, citando o Ministro Rogério Schietti Cruz, a jurisprudência "não pode se cristalizar de modo a impedir que uma nova compreensão substitua a anterior, dada a perspectiva dinâmica do direito, mormente diante de questão que envolve a liberdade humana". Não é por outro motivo que se alterou, recentemente, o entendimento referente ao termo inicial para a progressão de regime, que passou a ser a data do efetivo preenchimento dos requisitos legais e não a data da decisão que reconhece o preenchimento.

Ao ensejo:

> 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 115.254, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016)

De fato, nos termos do enunciado n. 526 da Súmula desta Corte, tem-se que "o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato".

Conclui-se, portanto, de forma evidente, que o trânsito em julgado da condenação superveniente, mesmo por fato posterior, não repercute na execução penal, motivo pelo qual, com maior razão, não deve repercutir quando se tratar de condenação por fato anterior.

Com efeito, se o crime foi anterior ao início da execução, a superveniência do trânsito em julgado da condenação enseja apenas a adequação da pena e o ajuste do regime, observando-se a detração e a remição, ou seja, o apenado não perde o tempo de pena cumprido. E, se a detração nada mais é do que o tempo de pena efetivamente cumprido, deve ser levado em consideração para a concessão de benefícios da execução, não havendo se falar, portanto, em novo marco interruptivo.

De igual forma, cuidando-se de crime praticado após o início da execução, a superveniência do trânsito em julgado da condenação também só pode ensejar a adequação da pena e o ajuste do regime. Isso porque a prática de crime durante a execução da pena é considerada falta grave, o que acarreta a regressão de regime de cumprimento da pena e a interrupção do prazo para obtenção dos benefícios da execução, fixando-se, nesse momento, a nova data-base. Portanto, ***a superveniência do trânsito em julgado não pode ser novo marco interruptivo, sob pena de um mesmo fato repercutir duas vezes sobre a***

execução, sem que haja justificativa plausível, em evidente excesso de execução.

O trânsito em julgado de condenação não é incidente da execução e a unificação das penas, embora seja, não guarda relação com o critério subjetivo mas apenas objetivo, não se justificando, portanto, que a unificação interfira na data-base para obtenção de benefícios da execução.

A única interferência que se admite é a alteração da pena total a ser cumprida, pois referido instituto trata apenas disso. Em vez de haver o cumprimento progressivo de cada pena individualmente, há a soma do total de penas a serem cumpridas, para que o apenado as cumpra de forma conjunta.

Portanto, pautando-se os benefícios da execução em critérios objetivos e subjetivos, a unificação das penas apenas revela parâmetro diferente sobre o qual deve ser computado o critério objetivo. Referido entendimento pode ser, inclusive, facilmente retirado da leitura conjunta do parágrafo único do art. 111 da Lei de Execuções Penais com o seu caput, o qual não deixa dúvidas sobre a necessidade de se observar, quando for o caso, a detração ou remição. A manutenção do entendimento atual nega vigência ao caput do art. 111, desconsiderando a detração que, como é cediço, nada mais é que tempo de pena cumprido, legitimando sua valoração para obtenção de benefícios da execução.

Por oportuno, registro que o argumento no sentido de que o paciente não pode se aproveitar do tempo de pena cumprido da primeira condenação para obter a progressão no que concerne à segunda condenação, em virtude da impossibilidade de se criar um "crédito", fica invalidado diante de uma simples análise matemática.

Ora, se, por hipótese, a primeira condenação é a uma pena de 6 (seis) anos, o apenado precisa cumprir 1/6 (um sexto) para progredir, ou seja, 1 (um) ano. Se sobrevém nova condenação a 6 (seis) anos, antes de ter havido progressão, tem-se a unificação em 12 (doze) anos, sendo necessário agora o cumprimento de 2 (dois) anos para a progressão. Dessarte, não há se falar em aproveitamento do cumprimento da pena anterior na subsequente, pois o paciente cumprirá 1/6 (um sexto) de cada pena, que nada mais é que 1/6 (um sexto) do total da pena unificada.

Outrossim, deve se ter em mente que a execução é uma só. É exatamente por esse motivo que as diversas condenações são unificadas. Não faz sentido analisar cada pena individualmente no momento da execução, a não ser que se cuidem de condenações com normas de execução distintas, como ocorre no

caso de crime hediondo, por exemplo. Caso contrário, a unificação é o instituto que melhor atende ao sistema progressivo de cumprimento de pena, pois apenado cumprirá 1/6 (um sexto) do total das várias penas aplicadas para só então progredir.

Na hipótese dos autos, observo, de plano, que a decisão do Magistrado de origem nem ao menos procedeu à efetiva unificação das penas, mas apenas as somou e, em observância à norma de regência, determinou fosse descontado o tempo de pena já cumprido (e-STJ fl. 15). Note-se que a unificação é instituto que demanda seja descontada a pena total já cumprida, para que se afira o real regime de cumprimento a que faz jus o apenado, evitando-se, assim, regressões desnecessárias.

Explico: O réu condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, faz jus ao regime semiaberto. Após cumprir 1/6 (um sexto) da pena, poderia, em tese, progredir ao regime aberto. Sobrevindo nova condenação, à pena de 3 (três) anos de reclusão, tem-se que a soma seria 9 (nove) anos de reclusão, o que colocaria o apenado no regime fechado. Porém, a unificação, descontado o tempo já cumprido, totalizaria 8 (oito) anos de reclusão, a autorizar o regime semiaberto. Dessarte, o apenado deveria retornar ao regime semiaberto e não ao fechado (art. 33, § 2º, do Código Penal).

Assim, a data-base para novos benefícios da execução é a data do retorno ao regime semiaberto, e não a data do trânsito em julgado ou da unificação, pois a execução da penal se pauta pelo critério objetivo, tempo de pena cumprido em determinado regime, e subjetivo, comportamento do apenado durante referido período de tempo. Se a unificação apenas mantém o apenado no regime em que ele já se encontra, não há porque se descontar o tempo de pena já cumprido e se iniciar novo cômputo do critério objetivo, porquanto, reitero, a unificação ou a soma das penas não reflete no comportamento do reeducando mais apenas no parâmetro objetivo concernente ao total da pena.

Da mesma forma, considerando que no caso dos autos o paciente estava em liberdade e foi preso em 2/11/2014, tem-se que nessa data ele ingressou no regime fechado. Assim, o tempo de prisão pode ser utilizado tanto para fins de fixação de regime de pena mais brando, em virtude da detração autorizada pelo art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, como pode ser computada como cumprimento de critério objetivo para futuros benefícios da execução. Nesse sentido, tem-se, inclusive o enunciado n. 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

Nesse encadeamento de ideias, tem-se que ***a execução da pena não se inicia apenas com a superveniência do título judicial exequível. De fato, há muito já se admite a execução provisória, nas hipóteses de existência de prisão cautelar. E, atualmente, nem ao menos se faz necessária a existência de prisão preventiva, diante da autorização de que o cumprimento provisório da pena tenha início com a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça****, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP.* ***Portanto, haveria manifesta incongruência na execução penal, acarretando evidente excesso de execução, admitir, para qualquer finalidade, o trânsito em julgado da condenação como data-base para benefícios.***

Assim, compulsando os autos, verifico que o paciente totaliza, em virtude da prática de 4 (quatro) crimes, uma pena de 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado. Desse total, o apenado já cumpriu 9 (nove) anos, 11 (onze) meses e 23 (vinte e três) dias, tendo a cumprir 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 6 (dias) de reclusão, em regime fechado, iniciados em 2/11/2014, quando foi preso em flagrante (e-STJ fl. 49). Dessa forma, não verifico razão de ser para que seja fixada outra data-base. Note-se que, se fosse crime único, ou as quatro condenações no mesmo título, o período de prisão cautelar seria computado, iniciando-se a execução provisória na data da prisão. Não verifico, assim, discrímen que autorize tratamento diverso.

Não se pode vincular o marco inicial dos benefícios da execução a elemento que não necessariamente revela o início fático do cumprimento da pena. O trânsito em julgado sedimenta a pena a ser aplicada, mas não revela o início do seu cumprimento, o qual tanto pode ser antes como depois. Como é cediço, a execução da pena visa a analisar a realidade do reeducando dentro do sistema prisional, com fundamento em critérios objetivos e subjetivos, não sendo legítimo atrelar nesse contexto elementos externos e estranhos, por total falta de coerência lógica com o sistema de garantias da execução penal.

Concluo, dessa forma, que ***o trânsito em julgado de nova condenação, quer por fato anterior quer por fato posterior, não repercute sobre a data-base da execução penal, mas apenas sobre o total da pena a cumprir, uma vez que o início da execução penal não depende da existência de título judicial exequível, mas sim do ingresso no sistema prisional****. De igual forma, não vislumbro concessão de "crédito" ao apenado que não tem seu tempo de pena cumprido desprezado em virtude da superveniência de nova condenação, uma vez que será inevitável o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena com relação a cada*

> *condenação.*
>
> *Termino meu voto, parafraseando o voto da Relatora, no sentido de que a "unificação não é punição. Trata-se apenas de saber, com a chegada da nova pena, qual será o montante a ser cumprido a partir dali, porque necessariamente o condenado terá que cumprir lapso maior do que aquele até então estabelecido para a anterior condenação". Assim,* ***a manutenção da jurisprudência existente mantém agravamento que inexiste na legislação e denota "incongruência com o sistema traçado pela Lei de Execução Penal", haja vista a ausência de qualquer previsão legal no sentido de que o trânsito em julgado de nova condenação deve ser considerado marco interruptivo da execução.***
>
> *Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, para conceder a ordem em maior extensão, cassando o acórdão proferido no agravo em execução, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções.*
>
> *É como voto.*

Referido julgamento foi concluído na sessão de 22/2/2018.

O tema também foi objeto de discussão pela 3ª Seção desta Corte no Recurso Especial n. 1.557.461/SC, de Relatoria do Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, com o mesmo resultado de julgamento finalizado também na mesma data do *Habeas Corpus* n. 381.248/MG.

Configurada, portanto, na espécie, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão do *writ* de ofício.

Ante o exposto e diante desse novo entendimento e da natural retroatividade em benefício do réu que deve acompanhar a evolução jurisprudencial, nego seguimento ao *habeas corpus.* No entanto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **concedo a ordem de ofício**, para determinar que o Juízo das Execuções Penais passe a considerar como marco inicial para a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios após a unificação de penas do sentenciado - **excetuados o livramento condicional, indulto e a comutação**, em relação aos quais não há alteração do prazo -, a data de sua última prisão,

desde que, no que tange à progressão de regime, não tenha ele cometido falta de natureza grave, após o encarceramento, que justifique a interrupção do prazo, nos termos do enunciado n. 534 da Súmula/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").

Apreciado o mérito do presente *writ*, restam **prejudicados os embargos declaração opostos** às fls. 123/125, objetivando a apreciação da liminar postulada.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se. Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator