HABEAS CORPUS Nº 501.908 - SP (2019/0092600-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ALANDESON DE JESUS VIDAL - SP168644 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRANTE	:	CARLOS VINICIUS RODRIGUES DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

O paciente acoima de ilegal acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* no Agravo em Execução n. 0011371-53.2018.8.26.0026, em que **foi estabelecida a data do trânsito em julgado da última prisão como termo inicial para a concessão do livramento condicional**.

A defesa assere que "o entendimento foi pacificado no sentido de que a PRIMEIRA prisão deve ser o marco inicial para contagem de todos os direitos de execução criminal, inclusive para progressão de regime, pois quando houver o cometimento de falta disciplinar grave haverá a interrupção do lapso como efeito (súmula 534 STJ)" (fl. 4), **razão pela qual requer o restabelecimento da decisão primeva**.

Decido.

Sobre o tema em debate, é imperioso salientar que as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal possuíam o entendimento pacificado de que, sobrevindo condenação definitiva ao apenado, por fato anterior ou posterior ao início da execução penal, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompida, devendo ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas. Ademais, **o termo *a quo* para concessão de futuros benefícios seria a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória**.

Nessa linha de entendimento, cito os julgados:

> [...]
> 2. Sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da sua reprimenda corporal, interrompe-se a contagem do prazo para a concessão de benefícios executórios penais, **servindo como marco inicial a data**

> **do trânsito em julgado da última condenação contabilizada na unificação das penas, sendo irrelevante se aquela prática delitiva ocorreu antes ou depois do início do cumprimento da pena**.
> 3. Habeas corpus não conhecido (**HC n. 330.036/MG**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 4/11/2015, destaquei).
>
> [...]
> 2. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento, segundo o qual **o marco inicial para a contagem dos benefícios da execução, em razão da prática de novo delito, corresponde à data do trânsito em julgado da última condenação**, sendo que, ao unificar as penas, deve o juiz proceder à contagem a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas. Precedentes do STJ e do STF.
> 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a data do trânsito em julgado da última condenação como marco inicial para fins de benefícios penais (**HC n. 260.950/MG**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 13/2/2015, grifei).

Todavia, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar novamente com a matéria, no julgamento do REsp n. 1.557.461/SC, de minha relatoria, ocorrido em 22/2/2018, firmou o entendimento de que "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 após e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução**" (acórdão pendente de publicação).

Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessária a análise do texto dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, ambos da Lei de Execução Penal. Confiram-se:

> 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**.
>
> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
> I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
> II - **sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime**.

Conclui-se da leitura dos artigos acima mencionados que, diante da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, caso o *quantum* de pena obtido após o somatório não permita a preservação do regime atual de cumprimento da pena, o novo regime será então determinado por meio do resultado da soma, de forma que estará o sentenciado sujeito à regressão.

Segundo o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

> [...]
> **sempre que nova pena chegar, para cumprimento, na Vara de Execução Penal, será ela somada ao restante da pena e não no montante total inicial, afinal, pena cumprida é pena extinta. Com esses novos valores, decidirá o magistrado acerca do regime cabível**. Ilustrando: iniciou o réu o cumprimento da pena de doze anos de reclusão, em regime fechado; por merecimento e cumprido mais de um sexto, passou ao semiaberto; depois, atingiu o regime aberto. Faltando três anos para terminar a pena, recebe-se na Vara de Execução Penal mais uma condenação de um ano de reclusão. Não será somada esta nova pena aos doze anos iniciais, mas aos três anos derradeiros. Logo, o total será de quatro anos de reclusão e não de treze anos. Por isso, pode o magistrado mantê-lo no regime aberto, pois a pena a cumprir não ultrapassa quatro anos (art. 33, § 2.°, c, CP) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 8. ed. rev., atual. e ampl., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 277, destaquei).

Dessa forma, **sequer a regressão de regime é consectário necessário da unificação das penas**, pois, conforme a leitura do parágrafo único do art. 111 e do inc. II do art. 118, ambos da Lei de Execução Penal, é forçosa a regressão de regime **apenas quando a pena da nova execução, somada à reprimenda ainda não cumprida, torne incabível o regime atualmente imposto**. Assim aduz Maurício Kuehne, ao destacar que:

> [...]
> **o inc. II enseja a regressão, quando a condenação anterior, somada ao remanescente da execução em curso, torne incabível o regime. A *contrario sensu*, se a somatória não inviabilizar a permanência do réu no regime em que se encontre, a regressão não se operará**. Assim, a condenação, por fato pretérito, por si só, não induz à regressão. É o que ocorre, *v.g.*quando o réu esteja em regime aberto, faltando 1 ano de pena a cumprir, e venha a sofrer nova condenação (por fato pretérito à execução em curso), a 2 anos e é fixado o regime aberto. A permanência do condenado, neste regime, é perfeitamente possível (KUEHNE, Maurício. *Lei de execução penal anotada*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 379).

Portanto, da leitura conjugada do parágrafo único do art. 111 e do inc. II do art. 118, ambos da Lei de Execução Penal, **não se infere que, efetuada a soma das reprimendas impostas ao sentenciado, é mister a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, especialmente, diante da ausência de disposição legal expressa**.

Por conseguinte, deduz-se da exposição supra que a alteração do termo *a quo* referente à concessão de novos benefícios no bojo da execução da pena constitui afronta ao princípio da legalidade e ofensa à individualização da pena, motivos pelos quais se faz necessária a preservação do marco interruptivo anterior à unificação das penas, pois a alteração da data-base não é consectário imediato do somatório das reprimendas impostas ao sentenciado. **Ainda que assim não fosse, o reinício do marco temporal permanece sem guarida se analisados seus efeitos na avaliação do comportamento do reeducando**.

É importante destacar que **a prática de fato definido como crime doloso no bojo da execução da pena constitui falta disciplinar de natureza grave**, como bem apontado alhures no enunciado da Súmula n.

526 deste Tribunal Superior e, especialmente, conforme previsto no art. 52, *caput*, da Lei n. 7.210/1984, de acordo com o qual "[a] prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado".

No entanto, caso o reeducando venha a ser condenado pela prática do delito cometido no curso da execução, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória, segundo o entendimento anterior desta Egrégia Corte, acarretaria a unificação das penas a ele impostas e, novamente, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, o que já havia ocorrido apenas diante da prática da falta grave. **Assim sendo, o apenado seria punido novamente, em um verdadeiro *bis in idem*, já que o mesmo evento – a saber, a prática de fato definido como crime doloso – proporcionaria, por duas vezes, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, de maneira a ocasionar flagrante constrangimento ilegal**.

Se a condenação definitiva por delito praticado após o início da execução da pena não se presta a ensejar a modificação da data-base para concessão de novos benefícios, com maior razão não pode o trânsito em julgado de sentença condenatória prolatada em face de delito anterior implicar o reinício do marco temporal, **pois se trata de fato que nem sequer fora praticado no curso do resgate das reprimendas impostas ao reeducando**.

Como salientado por Santos (2012, p. 13), "a execução penal é essencialmente um diálogo entre o apenado e o Estado onde a palavra chave é *merecimento*". Nesse sentido, é possível afirmar que o mérito do apenado é válvula propulsora do alcance de inúmeras benesses, como bem assevera Renato Marcão, no que tange à progressão de regime, ao apontar que, "[s]e por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a *ausência de mérito* é causa determinante de sua *regressão*, que implicará a ordem inversa da progressão" (MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193, destaques do autor).

Dessa maneira, **não se pode alegar que um fato praticado antes do início da execução da pena constitua parâmetro de avaliação do mérito do apenado**, uma vez que evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do

sentenciado. Assim, um delito cometido antes de iniciar-se o cumprimento da pena não possui o condão de subsidiar a análise do desenvolvimento da conduta do condenado e, por conseguinte, **não deve ser utilizado como critério para que se proceda ao desprezo do período de pena cumprido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em face do reinício do marco temporal relativo aos benefícios executórios**.

É preciso ressaltar que a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o *quantum* de pena restante a ser cumprido pelo reeducando. Logo, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, baseado apenas em argumentos extrajurídicos. **O período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado após e já apontado como falta grave**.

Por fim, urge consignar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou a tese alhures apresentada, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.753.509 (Rel. Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 3ª S., DJe 11/3/2019) e 1.753.512/PR (Rel. Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 3ª S., DJe 11/3/2019), **representativos da controvérsia**, oportunidade em que sintetizou o entendimento consolidado nos seguintes termos: **a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios**.

Na hipótese, o Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo em execução ministerial para reformar a decisão de primeiro grau e estabelecer a data da última prisão como marco interruptivo da contagem de prazo para o livramento condicional, **o que está em dissonância com o entendimento hodierno da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça**.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo, *in limine*, a ordem** para afastar o marco interruptivo estabelecido após a unificação de penas e, assim, restabelecer a decisão de primeiro grau.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**