

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.933 - MG (2019/0089002-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : ANDRE TIAGO NASCIMENTO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **ANDRE TIAGO NASCIMENTO DA SILVA**, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO - UNIFICAÇÃO DAS PENAS - ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PARA A AQUISIÇÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS - POSSIBILIDADE - PUBLICAÇÃO DA ÚLTIMA SENTENÇA CONDENATÓRIA - AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES - TRÁFICO PRIVILEGIADO - HEDIONDEZ RECONHECIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA - ALTERAÇÃO - OFENSA A COISA JULGADA - RECURSO PROVIDO. 1. Apesar de a lei não estabelecer o marco inicial para a contagem dos prazos para a concessão de futuros benefícios de execução, tal termo, consoante reiterada jurisprudência, é o trânsito em julgado da última sentença condenatória. Contudo, inexistindo, no caso concreto, trânsito em julgado para ambas as partes, deve ser levada em consideração, como marco inicial, a publicação da última sentença condenatória. 2. Se a sentença que reconheceu a hediondez do delito de tráfico de drogas privilegiado transitou em julgado, não há que se falar, em sede de execução, em alteração da natureza hedionda do referido crime, sob pena de ofensa à coisa julgada." (e-STJ, fl. 132).

Os embargos de declaração e os embargos infringentes opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 197 e 223, respectivamente).

A defesa aponta ofensa ao art. 1º do Código Penal, e ao art. 111 da Lei 7.210/1984, alegando, em síntese, que "o marco inicial para a concessão de novos benefícios na execução penal, após a unificação das penas, será a data da última prisão do reeducando" (e-STJ, fl. 235).

Aduz, ainda, negativa de vigência ao art. 66, I e VI, da Lei nº 7.210/84, e ao art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, sustentando que compete ao Juiz da Execução Penal a aplicação da nova orientação jurisprudencial mais favorável ao réu, no sentido de que o tráfico privilegiado não possui natureza hedionda.

Requer, assim, "seja restabelecida a decisão proferida pelo Juízo da Execução Penal, fixando como marco inicial para a contagem dos benefícios da execução penal o dia da última prisão, além de afastar o caráter hediondo do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06" (e-STJ, fl. 243)

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 247-248) e admitido o inconformismo, os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 264-272).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece acolhimento.

Inicialmente, no que toca à questão amparada no art. 1º do Código Penal e no art. 111 da Lei LEP, as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte têm, 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 é interrompida e deve ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas.

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

Todavia, 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 o tema, passando a adotar parâmetro distinto, conforme revela a ementa:

"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 assentada, proferi voto vogal que delineia as balizas dessa nova diretriz jurisprudencial, no que tange à fixação da data-base para a aquisição de benesses futuras, na execução, após a unificação de penas, do qual transcrevo o seguinte excerto, por elucidativo do tema:

"[...] 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 trânsito em julgado de sentença condenatória.

Diante do exposto, pedindo vênua 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)"

(Voto-Vogal no REsp 1.557.461/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 15/03/2018, grifou-se).

No caso em tela, o Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, considerou "a data da publicação da última sentença para a concessão de futuros benefícios" (e-STJ, fl. 226).

Como se vê, o acórdão impugnado entendeu que a superveniência de condenação - por delito cometido antes da execução penal - deve acarretar a soma das penas, com fixação do dia do trânsito em julgado da última sentença condenatória para a concessão de futuros benefícios, o que diverge da orientação firmada pela Terceira Seção do STJ.

Em relação ao pedido de afastamento do caráter hediondo do crime previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, também assiste razão ao recorrente. Isso porque, a Terceira Seção, no julgamento da PET 11.796/DF em 23/11/2016, cujo acórdão foi publicado em DJe 29/11/2016, decidiu acompanhar o entendimento exarado no julgamento do HC 118.533/MS, em 23/6/2016, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu que o tráfico privilegiado não pode ser considerado delito de natureza hedionda, tendo, inclusive, cancelado a Súmula 512/STJ.

Confira-se ementa abaixo:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei n.

11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria 'contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.' (Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/06/2016).

2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.329.088/RS – Tema 600).

3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça."

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição, que fixou o dia da última prisão como data-base para fins de obtenção de benefícios na execução penal, bem como afastou o caráter hediondo do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator