

HABEAS CORPUS Nº 504.385 - SP (2019/0105892-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS WEIS - SP100187
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRANTE : OSVALDO MARQUES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **OSVALDO MARQUES**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente postulou, ao d. Juízo das Execuções, que lhe fosse deferida a comutação de penas, com fulcro nos **Decretos Presidenciais n. 7.648/2011 e 7.873/2012**, por entender estarem satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo. O pleito restou indeferido, haja vista o paciente ser reincidente e não ter cumprido o requisito objetivo (1/3 do total das penas antes dos Natais de 2011 e 2012) - fl. 13.

Irresignada, a d. Defesa interpôs agravo em execução perante a eg. Corte estadual, que negou provimento ao recurso, nos termos de v. acórdão de fls. 36-38, assim ementado:

"Agravo em execução. Indulto parcial. Contagem do tempo de pena cumprido. Início que deve ocorrer na data do último crime cometido, se o foi durante o resgate da pena. Ari. 75, § 2.º, do Código Penal que o determina com clareza. Recurso não provido."

O dispositivo do v. acórdão se deu nestes termos (fl. 38):
“*praticado crime durante o cumprimento de pena, **reinicia-se a contagem do lapso para todos os fins** - inclusive para o mais importante deles, o de trinta anos de cumprimento máximo de pena -; e, **naturalmente, para a contagem do tempo de pena cumprido para ter direito a indulto, total ou parcial**”.*

Dáí o presente **mandamus**, no qual a d. Defensoria Pública alega que o paciente sofre constrangimento ilegal, em razão de o v. acórdão ter mantido a decisão **a quo**, sob o fundamento de que, havendo a unificação, deveria ser desprezado o período de pena já cumprido, aplicando-se o art. 75, §§ 1º e 2º do CP.

Aduz que a pena do paciente não foi objeto de unificação e, além disso, soma 23 anos, 1 mês e 9 dias.

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, para *"determinar a comutação de penas, nos termos do previsto na forma do art. 2º, dos Decretos nº 7648/2011 e 7873/2012"* (fl. 12).

Liminar indeferida, às fls. 65-67.

Informações, às fls. 70-97.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 100-106, manifestou-se pelo não conhecimento ou denegação da ordem, em r. parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DECRETOS Nº 7.648/2011 E 7.873/2012. COMUTAÇÃO. SENTENCIADO REINCIDENTE. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 1/3 (UM TERÇO) DA PENA TOTAL. LAPSO TEMPORAL AINDA NÃO CUMPRIDO. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO, SE CONHECIDA, PELA DENEGAÇÃO DA SÚPLICA.

As decisões colegiadas dos Tribunais de Justiça, proferidas em última ou única instância, salvo denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança, devem ser impugnadas através dos recursos excepcionais – especial ou extraordinário –, para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal. Se transitadas em julgado, devem ser eventualmente modificadas através da revisão criminal, para a qual o Superior Tribunal de Justiça não tem competência, salvo em relação aos seus próprios julgados.

A Guia de Execução Penal (e-STJ Fls. 24/31) informa que o Paciente cumpriu apenas 6a11m29 de um total de 23a5m29d de pena.

Sendo ele reincidente, haveria de ter cumprido um 1/3 (um terço) da pena total para alcançar o benefício, o que ainda não aconteceu, inviabilizando o deferimento da pretensão inicial.

*Parecer pelo não conhecimento do Habeas Corpus,
se conhecido, pela denegação da súplica."*

É o relatório.

Decido.

Firmou-se nesta Corte, nos termos do entendimento manifestado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo do 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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Embora a d. Defesa almeje a concessão da comutação, a questão de fundo se resume à possibilidade, ou não, de interrupção do lapso para a concessão do benefício em comento, após a unificação das penas.

A **Terceira Seção** desta Corte Superior de Justiça, em 22/2/2018, ao julgar o **REsp n. 1.557.461/SC**, Relator o Ministro **Rogério Schietti Cruz**, e o **Habeas Corpus n. 381.248/MG**, de relatoria da Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, com Relator para o acórdão o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, sedimentou o entendimento de que **a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal.**

Confira-se a ementa do REsp n. 1.557.461/MG:

"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 n. 1.557.461/SC, Terceira Seção, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 15/03/2018, grifei).

Em tal contexto, **decidiu-se que não há previsão legal expressa que permita a alteração da data-base para concessão de novas benesses quando da unificação de penas.** Ademais, a jurisprudência sedimentada neste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que **somente pode ensejar a alteração da data-base para a progressão de regime, não surtindo qualquer efeito no que tange ao requisito objetivo para o livramento condicional, comutação e indulto, nos termos dos enunciados n. 441, 534 e 535 deste STJ, verbis:**

"Súmula 441: A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional."

"Súmula 534: 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."

"Súmula 535: A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto."

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR DE GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA FINS DE COMUTAÇÃO DE PENA OU INDULTO. SÚMULA 441/STJ. ESCLARECIMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A prática de falta grave pelo sentenciado, no curso da execução da pena, altera a data-base para a concessão de novos benefícios, exceto para fins de livramento condicional, indulto e comutação da pena. Entendimento consolidado nas Súmulas 441, 535 e 534 desta Corte e no recurso repetitivo, REsp 1.364.192/RS.

2. Não há se falar em necessidade de esclarecimento da decisão impugnada, tendo em vista que o decisum explicita que "não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos."

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 312.081/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/08/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO PARA O LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULAS N. 441 E N. 535, STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.176.486/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, uniformizou entendimento no sentido de que a falta disciplinar de natureza grave resulta na alteração da data base para a concessão de novos benefícios, salvo livramento condicional, indulto e comutação da pena. Inteligência das Súmulas n. 441 e n. 535, ambas do STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que a data-base para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação de pena não se altere em decorrência da prática de falta disciplinar de natureza grave" (HC n. 400.988/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 1º/08/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 441 DO STJ. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. HISTÓRICO CARCERÁRIO CONTURBADO. ORDEM CONCEDIDA APENAS PARA AFASTAR A INTERRUÇÃO DO LAPSO OBJETIVO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.

1. A prática de falta grave não resulta em novo marco interruptivo para concessão de livramento condicional. Inteligência da Súmula n. 441 do STJ.

[...]

4. Ordem concedida para afastar a interrupção prazo para obtenção do livramento condicional" (HC n. 380.048/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 22/03/2017, grifei).

Assim, o decidido pelo eg. Tribunal de origem está em desconformidade com a interpretação firmada por esta Corte Superior sobre os

temas em debate, configurando constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **não conheço do writ. Concedo a ordem, de ofício**, para tão somente afastar a fixação de novo marco na unificação de penas para a concessão de livramento condicional, comutação e indulto; assim, cassando-se as decisões **a quo** e determinando, ao d. Juízo das Execuções que, em nova análise **do pedido de comutação de penas, com base nos Decretos Presidenciais n. 7.648/2011 e 7.873/2012 (cuja redação expressa também deve ser observada)**, adote, quanto à progressão de regime, a data-base da última prisão ou da última falta grave homologada e, **para os demais benefícios, o dia de início de cumprimento da pena.**

P. I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator