HABEAS CORPUS Nº 508.327 - SP (2019/0126193-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	MÔNICA DE MELO - SP117623 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JULIANA MARTINS DE ARAÚJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JULIANA MARTINS DE ARAÚJO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo em Execução n.º 9004334-41.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Juízo singular indeferiu o pedido ministerial de retificação do cálculos de penas da paciente, a fim de que ajustasse a data de início do cumprimento de pena para o dia em que cometido o crime hediondo (fl. 13).

O Ministério Público interpôs agravo em execução na Corte estadual, que deu provimento ao recurso, com determinação de novo marco para fins de benefício (fls. 12/17).

No presente *mandamus*, sustenta a impetrante que *"considerando 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"* (fl. 5).

Assevera que *"com a indicação do ICP da última execução, ainda que se desconte o tempo já cumprido, como ocorreu no caso, 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"* (fl. 6).

Requer a concessão da ordem constitucional para que sejam refeitos os cálculos, retificando-se a data do início do cumprimento da pena (ICP).

Liminar indeferida às fls. 21/22.

Informações prestadas às fls. 29/64 e 65/73.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 75/76.

É o relatório.

Cumpre pontuar, inicialmente, que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que diz respeito à fixação do termo inicial para a obtenção de benefícios após a unificação de penas do reeducando, o Tribunal de origem assim se manifestou (fls. 12/17):

[…]
Com razão o recorrente.
Exsurge dos autos que a agravada cumpria pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, pela prática de roubo majorado (crime comum), a qual deu ensejo à 01ª execução em 13.08.2010, tendo sido supervenientemente condenada pelo crime de tráfico ilícito de drogas (crime hediondo) à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, que originou a 02ª execução, em 02.04.2015.
O juízo de origem manteve a data da 01° execução (13.08.2010) como início do cumprimento de pena unificada, a despeito da irresignação ministerial acerca do tema.
Com efeito, não há como preservar tal entendimento, uma vez que se permitiria que a pena do crime hediondo tivesse como marco inicial de cumprimento data que precedeu à perpetração do delito (in casu, em quase 05 anos).
Dispõe o art. 76 que, "No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave", de maneira que a data de início do cumprimento de pena da Execução n° 02 deve coincidir com o dia do cometimento do delito hediondo, conforme aspira o recorrente, sob pena de permitir que se forme crédito de pena em favor do(a) condenado(a).
Conforme bem ressaltado pela ilustre promotora de justiça recorrente, "o cumprimento da pena mais grave em prioridade significa que a data da prática do crime hediondo começa a ser considerada a data inicial de cumprimento da pena deste crime hediondo ou equiparado, detraindo-se o período anterior de cumprimento da pena pela prática do crime comum na respectiva Execução, após o término da pena hedionda" (fls. 06).
Assim, de rigor a retificação do cálculo, devendo o tempo de pena já cumprido na Execução n° 01 ser detraído do cálculo, atentando-se que o remanescente relativo àquela retomará o cumprimento após findada a pena da condenação relativa ao crime hediondo, tratado na Execução n° 02.
[…]
Destarte, merece acolhida o presente agravo, reformando-se a decisão ora guerreada.
Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para cassar a r. decisão recorrida, determinando que seja refeito o cálculo, considerando-se como marco para início de cumprimento de pena o dia em que cometido o crime hediondo, mais grave (Execução n° 02), pela agravada. Comunique-se.

No caso, da leitura do excerto transcrito, verifica-se que o Tribunal *a quo*, considerando a unificação de penas do apenado, determinou que seja considerada "como marco para início de cumprimento de pena o dia em que cometido o crime hediondo", sendo este o marco interruptivo dos lapsos para a concessão de todos os benefícios penais.

Este Superior Tribunal possuía entendimento pacificado de que, com o advento de nova condenação no curso do resgate da pena, o cômputo do prazo para obtenção de benefícios da execução era interrompido, passando a ser calculado a partir

do somatório das penas restantes e tendo como termo *a quo* a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória.

No entanto, a Terceira Seção, ao julgar o Recurso Especial n. 1.557.461/SC, sob relatoria do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/02/2018, passou a entender que "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".

No mesmo sentido, cito o HC n. 381.248/MG, também julgado pela Terceira Seção. Desta feita, o Excelentíssimo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator para o acórdão, repetiu o entendimento firmado no julgado previamente citado, afirmando que diante da inexistência de previsão legal para a alteração da data-base para a concessão de futuros benefícios da execução, em razão da unificação de penas, a desconsideração do tempo de prisão antes do trânsito em julgado da nova condenação acarreta evidente excesso de execução.

Ainda sobre o tema, vejam-se os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.* ***EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS.*** *INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - Firmou-se nesta Corte, nos termos do entendimento do col. Pretório Excelso, orientação no sentido de não admitir 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 - Este Superior Tribunal de Justiça se posicionava no sentido de que a superveniência de nova condenação, no curso da execução da pena, determinava a unificação das reprimendas e a fixação de nova data-base para a concessão de benefícios, excetuados o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto.*
>
> *III - A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, em 22/2/2018, ao julgar o REsp n. 1.557.461/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, e o Habeas Corpus n. 381.248/MG, 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.*
>
> *IV - O v. acórdão que modificou o termo a quo para a concessão de novos benefícios em face da unificação de penas, estabelecendo como novo marco a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória, está em confronto com a nova orientação jurisprudencial firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça e, portanto, configura constrangimento ilegal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a fixação da data do trânsito em julgado da última sentença*

condenatória como novo marco para a obtenção de novos benefícios, como consequência da unificação das penas.
(HC 442.454/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 24/05/2018 – grifos acrescidos).

AGRAVO REGIMENTAL NO 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.* ***RECENTE ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (HC 381.248/MG E REsp. 1.557.461/SC****). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando e a regressão de regime prisional, se for o caso (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 (REsp. 1.557.461/SC, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, j. 22/2/2018, DJe 15/3/2018).***
3. Agravo Regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1719880/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 07/05/2018).

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 1557461/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 15/03/2018)

HABEAS CORPUS SUBMETIDO À TERCEIRA SEÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE NOVA SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO INICIAL PARA CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE.

1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o o condenado sujeito à regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. 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.

2. Inexiste respaldo legal para a alteração da data-base a fim da concessão de futuros benefícios na execução em razão da unificação das penas.

3. A execução da pena não se inicia apenas com a superveniência do título judicial exequível. Já se admite a execução provisória nas hipóteses de existência de prisão cautelar e, atualmente, quando há a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça/Tribunal Regional e não há prisão preventiva.

4. Acarreta evidente excesso de execução a desconsideração do tempo de prisão antes do trânsito em julgado da nova condenação.

5. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão proferido no agravo em execução penal e restabelecer a decisão do Juízo da execução, proferida em 4/3/2016.

(HC 381.248/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 03/04/2018).

Nesse contexto, merece reforma o acórdão impugnado para que seja

fixada a data da última prisão como termo inicial para a concessão da progressão de regime prisional, excetuando-se o livramento condicional, o indulto e a comutação de penas.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, para que seja reformulado o cálculo da pena, estabelecendo-se a data da última prisão como marco inicial para a progressão de regime prisional.**

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao Tribunal *a quo* e ao respectivo Juízo da Execução Penal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator