



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 538246 - ES (2019/0302221-9)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CLAUDINER REZENDE DA SILVA - MG087219
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : RICK NUNES VIANA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **RICK NUNES VIANA**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**.

Depreende-se dos autos que o d. Juízo da Execução Penal, ao unificar as condenações impostas (penas de detenção e reclusão), ensejou o cumprimento em regime mais gravoso do que a detenção autorizaria (regime fechado).

Irresignada, a d. Defesa interpôs recurso de agravo em execução perante o eg. Tribunal de origem, o qual foi **desprovido**, nos termos do v. acórdão, às fls. 20-31, assim ementado:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO CRIMINAL - DECISÃO DE 1º GRAU QUE UNIFICOU A PENA DE RECLUSÃO E DETENÇÃO ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO POSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que quando houver condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento, será considerado o resultado da soma ou da unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão. Precedentes STJ e TJES.

2. Recurso conhecido e improvido.”

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a d. Defesa alega que *"não pode a pena de detenção ter o seu início de cumprimento em regime fechado, caso contrário, equiparar-se-ia à pena de reclusão, caracterizando tratamento mais rigoroso do que o previsto na legislação penal ou do que o imposto na sentença condenatória"* (fl. 4).

Sustenta que *"é inadmissível a soma das penas de detenção e de reclusão sob pena de violação dos dispositivos acima elencados, uma vez que a pena de detenção seria cumprida, já inicialmente, em regime fechado, como se de reclusão fosse"* (fl. 5).

Aduz que *"o acórdão ora impugnado, ao seguir o entendimento da decisão de primeiro grau, procedente à soma das penas de detenção e reclusão, violou os artigos 33, 69, e 76, do Código Penal, e 681, do Código de Processo Penal, e 111, da LEP, o qual deve ser interpretado sistematicamente, e não isoladamente negando vigência aos dispositivos do CP e CPP"* (fl. 7).

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, *"determinando ao juízo da execução penal que promova, primeiro, o cumprimento da pena de reclusão, somando-se o tempo de detenção após o ingresso do paciente do regime semiaberto; [...] Ao final, seja dado provimento a ordem de Habeas Corpus, confirmando a liminar, para cassar o acórdão e analisar o writ impetrado na origem, haja vista a ilegalidade a que está submetido o paciente"* (fl. 8).

Pedido liminar **indeferido**, às fls. 34-36.

Informações, às fls. 41-64 e 82-162.

O d. Ministério Público Federal oficiou, às fls. 170-175, pelo **não conhecimento do writ**, conforme r. parecer com a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENA DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

- 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.

- 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; ausência de competência. Precedentes: STJ (HC nº 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).

- 3ª Preliminar: não conhecimento das questões suscitadas ou, mesmo de ofício, da ordem, sob pena de contrariar o art.105, inciso III, "a", "b" e "c" da CF.

- Parecer pelo não conhecimento da ordem."

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou 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.

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.

Insurge-se o impetrante, em face do v. acórdão vergastado, a fim de modificar o cálculo de unificação das penas, com intuito de impedir a unificação das penas de detenção e reclusão, por serem de espécies distintas.

Para delimitar a **quaestio**, trechos do v. acórdão (fls. 20-31):

“Feitas essas considerações, verifica-se que, de fato, as penas de detenção e reclusão constituem modalidades de penas privativas de liberdade, sendo que a única diferenciação entre elas é o regime inicial de cumprimento de pena, já que, no caso da detenção, não pode ser o fechado.

Por tal razão, tratando-se de sanções da mesma espécie, concluo por inclinar-me ao entendimento do c. STF e de parcela do c. STJ e deste eg. TJES, no sentido de considerar possível a unificação das penas de detenção e reclusão.

Ante o exposto, novamente rogando vênias ao e. Relator, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.”

Pois bem.

Conforme os autos, verifica-se que o v. aresto negou provimento ao pleito defensivo, ante o fato de que as reprimendas de detenção e de reclusão deveriam ser somadas para efeitos de execução penal, haja vista serem sanções de mesma espécie.

De fato, o art. 111, **caput**, da Lei n. 7.210/1984 não faz a distinção aqui pleiteada pela d. Defesa e, ademais, o seu parágrafo único prescreve a soma da pena superveniente, como forma de determinação do regime, **in verbis**:

"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." (grifei)

Assim, atento ao art. 111, parágrafo único, **ab initio**, da Lei de Execução Penal, pode-se verificar qual a diferença de sua aplicação em relação aos arts. 69, **caput**, e 76 do Código Penal, os quais **se aplicam ao concurso material de crimes e de infrações, respectivamente, quando as penas forem aplicadas na mesma sentença, e não na hipótese de unificação em sede de execução (caso este dos autos).**

Vejamos:

"Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

[...]

Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave."

Portanto, em casos como o posto em debate, devem ser consideradas, cumulativamente, todas as espécies de penas privativas de liberdade e, diante disso, sobrevindo nova condenação, ficará esta sujeita à unificação das penas pelo d. Juízo das Execuções, cujo resultado também implicará a adequação do regime prisional.

Trata-se, inclusive, de matéria amplamente debatida, desde o ano de 2008 até os mais recentes julgados, **por esta Quinta Turma**, conforme se apreende das seguintes ementas:

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO. REPRIMENDAS DA MESMA NATUREZA. SOMATÓRIO. POSSIBILIDADE. ART. 111 DA LEP.

1. A teor do art. 111 da Lei n. 7.210/1984, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional, porquanto constituem penas de mesma espécie, ou seja, ambas são penas privativas de liberdade.

2. As reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, tendo em vista que ambas são

modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça. (REsp 1642346/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 25/5/2018)

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 473.459/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/03/2019, grifei).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEP - RÉU CONDENADO ÀS PENAS DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO, A ÚLTIMA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO. CONVERSÃO. SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas devem ser somadas para efeito de fixação da totalidade do encarceramento, porquanto constituem reprimendas de mesma espécie, ou seja, penas privativas de liberdade. Inteligência do art. 111 da Lei n. 7.210/84. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça.**

3. Por outro lado, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conversão poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea "e", da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal).

4. Na hipótese vertente, o agravante cumpria pena privativa de liberdade, quando fora condenado novamente e a nova condenação substituída por restritiva de direito - prestação de serviços à comunidade. Nesses casos, efetivamente, conforme disposto no art. 111 da LEP, as penas devem ser unificadas. Inaplicabilidade, portanto, do art. 76 do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 460.460/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/03/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. RECONHECIMENTO DE BIS IN IDEM OU APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE OU DA CONSUNÇÃO ENTRE ESSES CRIMES. INVIABILIDADE. CONDUTAS DIVERSAS E DELITOS DISTINTOS E AUTÔNOMOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO COM BASE NA LIDERANÇA EXERCIDA PELO AGRAVANTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO. SOMATÓRIO DAS PENAS DE

RECLUSÃO E DE DETENÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL E PARA O EXAME DOS REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

6. A determinação do regime inicial deve observar o somatório das penas de reclusão e de detenção, em virtude do disposto no art. 111 da Lei de Execuções Penais. Precedentes do STF e do STJ.

[...]

8. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 448.057/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 18/12/2018, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO. SOMATÓRIO. POSSIBILIDADE. ART. 111 DA LEP. REGIME PRISIONAL.

1. No caso, o Tribunal local entendeu que, interpretando o art. 111 da Lei de Execução Penal em conjunto com o art. 76 do Estatuto Repressivo, as penas de detenção e reclusão não poderiam ser somadas indistintamente, executando-se, no concurso de infrações, primeiramente a pena mais grave.

2. As reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, tendo em vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça.

3. Recurso provido" (REsp n. 1.642.346/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 25/05/2018, grifei).

"EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REGIME PRISIONAL - UNIFICAÇÃO DAS PENAS - ART. 111 DA LEP - RÉU CONDENADO ÀS PENAS DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO - SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS PARA FIXAÇÃO DO REGIME - POSSIBILIDADE - WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas devem ser somadas para efeito de fixação da totalidade do encarceramento, porquanto constituem reprimendas de mesma espécie, ou seja, penas privativas de liberdade. Inteligência do art. 111 da Lei n. 7.210/84.

Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça.

3. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 389.437/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 22/08/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEP. RÉU APENADO COM PENA DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO. SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS PARA FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas devem ser somadas para efeito de fixação da pena, porquanto constituem reprimendas de mesma espécie, penas privativas de liberdade. Inteligência do art. 111 da Lei 7.210/84.

2. Constatado que o paciente foi condenado à pena total superior a 4 anos, cabe a fixação do regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal).

***3. Ordem denegada*" (HC n. 79.380/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJe de 22/09/2008, grifei).**

Não em outro sentido, entende o col. Supremo Tribunal Federal:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS REGRAS DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão.

2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão. Precedentes.

***3. Recurso ao qual se nega provimento*" (RHC n. 118.626/MS, **Segunda Turma**, Rel^a. Min^a. **Cármem Lúcia**, DJe de 02/12/2013, grifei).**

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

P. I.

Brasília, 31 de março de 2020.

Felix Fischer
Relator