



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 852034 - SP (2023/0320524-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MURILO MARTINS MELO DE SOUZA
ADVOGADO : MURILO MARTINS MELO DE SOUZA - SP438931
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDER MARCELO DE OLIVEIRA LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EDER MARCELO DE OLIVEIRA LOPES**, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem em *mandamus* prévio, nos termos do acórdão assim ementado:

"*HABEAS CORPUS* - UNIFICAÇÃO DE PENAS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - CONDENAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO - POSSIBILIDADE. É admissível a execução provisória, com a expedição da guia de recolhimento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. ORDEM DENEGADA." (e-STJ, fl. 10).

Neste *writ*, o impetrante alega constrangimento ilegal sofrido pelo paciente em decorrência da determinação de unificação das penas a ele impostas nos processos n. 1500321-63.2021.8.26.0603 (condenação transitada em julgado) e 1500087-72.2021.8.26.0218 (condenação pendente de julgamento de recurso de apelação).

Assevera que os efeitos da sentença condenatória ficam suspensos até o esgotamento da via recursal e que as decisões das instâncias originárias afrontam o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADC's 43, 44 e 54.

Requer, inclusive liminarmente, a concessão da ordem, para que seja permitido apenas o cálculo de pena referente à condenação já transitada em julgado (processo n. 1500321-63.2021.8.26.0603) e que o réu já está cumprindo pena definitivamente. Pugna, ao final, pela sustentação oral.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 115).

Prestadas as informações (e-STJ, fls. 123-135 e 138-155), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 157-162).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC n. 535.063/SP, Terceira Seção, relator Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020, DJe de 25/8/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC n. 180.365/PB, Primeira Turma, relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 27/3/2020, DJe de 2/4/2020; AgRg no HC n. 147.210/SP, Segunda Turma, relator Ministro Edson Fachin, julgado em 30/10/2018, DJe de 20/2/2020 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Assim, passo à análise das razões deste *writ*, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Inicialmente, cumpre ressaltar que "[a] decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, ainda que não viabilizada a sustentação oral das teses apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão [...] permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante" (AgRg no HC n. 485.393/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 28/3/2019).

Ainda, tem-se que é "plenamente possível, desta forma, que seja proferida decisão monocrática por Relator, sem qualquer afronta ao princípio da colegialidade ou cerceamento de defesa, quando todas as questões são amplamente debatidas, havendo jurisprudência dominante sobre o tema, ainda que haja pedido de sustentação oral" (AgRg no HC n. 607.055/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 16/12/2020).

Feita essa colocação preliminar, observa-se que o paciente se encontra em cumprimento de pena definitiva pela condenação nos autos do processo n. 1500321-63.2021.8.26.0603. Contra ele, há também outro processo (n. 1500087- 72.2021.8.26.0218), que está no Tribunal de Justiça, aguardando o julgamento de seu recurso de apelação.

O Juízo da Execução, no processo n. 0000850-79.2023.8.26.0509, unificou as penas, determinando a fixação do regime fechado e a alteração do lapso para a concessão de novos benefícios executórios:

"Verifico que o sentenciado ostenta condenações por mais de um delito.

O Ministério Público requer a fixação do regime fechado para cumprimento das penas (página 60).

A Defesa manifestou-se à página 64.

É o relato do necessário. Decido.

Impõe-se a aplicação do artigo 111 da Lei de Execução Penal.

Ressalte-se que:

'Na determinação do regime de cumprimento de pena, o regime penitenciário inicial não é necessariamente o mais brando ou intermediário imposto na condenação, mas depende, nos termos do artigo 111 da LEP, do resultado, da soma ou unificação das penas' (HC, Rel. Marrey Neto, RJD 13/187). No mesmo sentido: 'Impostas novas penas, são elas somadas a fim de ser determinado o regime de cumprimento daí por diante. Cabe então ao juiz encarregado da execução determinar o regime de cumprimento das penas somadas' (Júlio Fabbrini Mirabete, EXECUÇÃO PENAL, 9ª. Ed., Ed. Atlas, nota ao art. 111, LEP, p. 322).

A fixação de regime após a unificação de pena, nos termos do art. 111 da LEP pode resultar em regressão quando, por exemplo, o sentenciado está em cumprimento de pena no regime intermediário ou no regime aberto e sofre nova condenação em regime mais gravoso.

Nesses casos a regressão independe de oitiva do sentenciado, na forma do art.

111 e parágrafo único c.c. 118, inciso II, ambos da L.E.P.

No caso sub judice, considerando a quantidade total de penas (mais de 8 anos), bem como a natureza dos delitos, de rigor a fixação do regime fechado para cumprimento de todas as penas privativas de liberdade impostas ao sentenciado.

Com relação ao cálculo de penas, impende consignar que a unificação de uma nova condenação às execuções criminais já em curso sempre altera o lapso para a concessão de novos benefícios executórios." (e-STJ, fls. 34-35).

Por sua vez, o Tribunal de origem confirmou a decisão do Juízo de primeiro grau às seguintes considerações:

"Já decidi o Superior Tribunal de Justiça que, à luz do novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, é admissível a execução provisória, com a expedição

da guia de recolhimento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a fim de possibilitar ao apenado o gozo dos benefícios da execução penal (AgInt no HC 336947/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 06.12.2016).

Por outro lado, registre-se que o artigo 111 da Lei de Execução Penal prevê que, 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, conservada, quando for o caso, a detração ou remição.

No entanto, tal dispositivo não exige para que se proceda a soma das sanções que a condenação seja definitiva, motivo pelo qual o fato de haver recurso de apelação pendente de julgamento não configura circunstância impeditiva da unificação de penas.

Correta, pois, a possibilidade de execução provisória e seu cômputo nos cálculos sem ofensa ao princípio da presunção de inocência.

[...]

Desta forma, a r. decisão deve ser mantida, não se olvidando que a unificação de penas é fator determinante também para o cálculo do lapso temporal para concessão de progressão de regime prisional." (e-STJ, fl. 12-14).

A respeito, cabe sinalizar que o posicionamento adotado pela Corte Local estava em conformidade com o adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal." (HC n. 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, DJe de 17/05/2016).

Contudo, em 7/11/2019, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, e decidiu, por maioria de votos, que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Ilustrativamente, anatem-se os seguintes julgados:

"PENA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória." (ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

"*HABEAS CORPUS*. INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO (AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 e 54).

1. A necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena não impede que o tribunal de origem mantenha ou mesmo decrete a custódia cautelar, presentes os pressupostos legais; ou seja, vedou-se somente o início imediato e automático do cumprimento da pena após esgotamento da jurisdição de 2ª instância, mantendo-se, porém, a possibilidade da supressão cautelar de liberdade ou mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas, por decisão fundamentada.

2. No presente caso, o Tribunal de origem não teve a oportunidade de analisar a necessidade da manutenção ou decretação de prisão preventiva ou medidas cautelares diversas após a alteração de posicionamento por esta CORTE.

3. Ordem concedida, tão somente para que o Tribunal local, observando a decisão tomada pela SUPREMA CORTE no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, analise eventual necessidade da prisão preventiva ou aplicação de medidas cautelares diversas." (HC 175.898, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão:

Esta Corte Superior alinhou sua jurisprudência à do STF, passando a entender que somente é possível o início da execução penal após o trânsito em julgado da condenação:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA NÃO MAIS ADMITIDA. UNIFICAÇÃO POSSÍVEL APENAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Consoante assentado na decisão agravada, deve prevalecer o entendimento segundo o qual somente se admite a unificação de penas decorrentes de condenações definitivas, uma vez que o início da execução dá-se, apenas, após o trânsito em julgado, não mais se admitindo a execução provisória, como vinha ocorrendo anteriormente, ainda que não houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 1.966.607/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022).

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OCORRIDA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO OCORRÊNCIA. ESTELIONATO. VANTAGEM EM DETRIMENTO DE PESSOAS JURÍDICAS. HIPÓTESE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

1. Conforme orientação desta Corte, é vedada a intervenção de terceiros em habeas corpus, ainda que na condição de assistente simples, salvo nos casos de ação penal privada.

2. Inexiste nulidade na instrução criminal quando é franqueado à defesa o amplo acesso a todo o material cognitivo, de modo a possibilitar o exercício do contraditório. Do mesmo modo, não há falar em constrangimento ilegal quando a prova pericial, somente requerida pela defesa após a instrução criminal, é considerada desnecessária diante da comprovação do delito por outros meios.

3. A prática do estelionato, na espécie, ficou configurada em razão da obtenção, mediante fraude, de vantagens ilícitas em prejuízo de pessoas jurídicas de direito privado, de modo que não há falar em atipicidade da conduta.

4. A possibilidade de execução provisória, antes permitida, agora é vedada pela jurisprudência desta Corte e do STF; somente é possível o início da execução após o trânsito em julgado da condenação.

5. Agravo regimental provido em parte, apenas para assegurar que a execução da pena se inicie com o efetivo trânsito em julgado da condenação." (AgRg no HC n. 380.834/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 26/5/2021, grifou-se).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA SUSPENDER A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial com fundamento na Súmula n. 182/STJ, porquanto não impugnada especificamente a incidência dos

óbices apontados pela Corte a quo como fundamento para a inadmissão do recurso especial (e-STJ fls. 620/621). Nas razões do regimental (e-STJ fls. 623/633), por sua vez, o agravante deixou de infirmar especificamente os fundamentos atinentes aos referidos entraves, limitando-se a asseverar, de forma genérica, a inaplicabilidade da Súmula n. 7/STJ, e a reiterar os argumentos atinentes ao mérito da controvérsia.

2. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de não conhecimento do agravo em recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.

3. Verificada, de ofício, a ocorrência de ilegalidade atinente à execução provisória das penas determinada pelas instâncias ordinárias (e-STJ fl. 466), revela-se necessária a concessão de habeas corpus, no ponto.

4. **'O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, decidiu, por maioria de votos, que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena'** (HC n. 527.076/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 5/12/2019).

5. Assim, a prisão antes do esgotamento de todos os recursos cabíveis somente poderá ser efetivada em caráter cautelar, de forma individualizada, com a demonstração da presença dos requisitos autorizadores do art. 312, do Código de Processo Penal.

6. Na hipótese, o recorrente foi autorizado a recorrer em liberdade pela sentença condenatória e a determinação da sua prisão pela instância a quo decorreu somente da manutenção da condenação em segundo grau. Dessa forma, não havendo notícia do trânsito em julgado da ação penal que tramita na origem, deve a ordem ser concedida para suspender a execução da pena a ele imposta até o esgotamento de todos os recursos, ressalvada a possibilidade de decretação de prisão preventiva, em decisão devidamente fundamentada.

7. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, para suspender a execução provisória da pena, nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

(AgRg no AREsp n. 1.789.863/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 19/3/2021, grifou-se).

Nesse contexto, verifico a existência de constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem**, de ofício, para suspender a execução provisória da pena imposta ao paciente na ação penal n. 1500087-72.2021.8.26.0218, afastando, por conseguinte, a unificação de penas, feita pelo Juízo da Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de novembro de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator