



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.606 - SP (2015/0168769-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
EMBARGANTE : ERNANE SAPUCAIA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. TESE DE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE MAIORES INFORMAÇÕES QUANTO AOS MARCOS INTERRUPTIVOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Aclaratórios opostos com nítido caráter infringente, sem pretensão de sanar vícios no julgado, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, devem recebidos como agravo regimental. Precedentes.
2. Deve ser mantida a decisão embargada por seus próprios fundamentos porquanto, não havendo nos autos informes seguros quanto a realização da audiência admonitória, o que ensejaria nova interrupção do lapso temporal, não há como ser reconhecida, na estreita via do *habeas corpus*, a ocorrência da prescrição da pretensão executória.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.606 - SP (2015/0168769-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
EMBARGANTE : **ERNANE SAPUCAIA DOS SANTOS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
EMBARGADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por ERNANE SAPUCAIA DOS SANTOS em face da decisão de fls. 126/130, que negou seguimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Sustenta o embargante, em síntese, contradição na decisão embargada, uma vez que, *mesmo com a interrupção mencionada ocorreu a prescrição, pois mesmo considerando-se o período durante o qual o defendido ficou preso por conta do feito nº 68178/2007 (de 12/12/2007 a 26/03/2008), entre a data do trânsito em julgado e o advento de causa interruptiva ou outra causa suspensiva da prescrição, decorreu período superior a 2 anos (fl. 144).*

Requer, assim, seja sanada a contradição, a fim de que seja reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão executória.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 61.606 - SP (2015/0168769-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

De início, tendo em vista não se vislumbrar nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no julgado recorrido e, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes aclaratórios como agravo regimental, já que o embargante efetivamente não pretende sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, maculem o *decisum* impugnado, mas emprestar-lhes efeitos infringentes.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ARESP. CONVERSÃO EM AGRAVO. POSSIBILIDADE. RETRATAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, quando se objetiva atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, é possível recebê-los como agravo regimental.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo regimental não provido (EDcl no AREsp 73.463/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014).

Por oportuno, trago à colação a decisão embargada, *in verbis*:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, interposto por ERNANE SAPUCAIA DOS SANTOS, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena total de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, com o pagamento de 46 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Sustenta o recorrente, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão executória relativa à 2ª execução penal, oriunda de fato ocorrido em 30/7/2007, na qual foi condenado às penas de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais 10 dias-multa, tendo o juízo das execuções lhe deferido a suspensão condicional da pena.

Aduz que não foi realizada audiência admonitória do sursis e em 29/9/2010, o paciente foi preso em flagrante pela prática do crime de que trata a 3ª execução (fl. 2).

Assevera que, na data do crime objeto da 2ª execução, o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

era menor de 21 anos e que do trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público (fato ocorrido em 17/02/1008) até o advento da primeira causa interruptiva da prescrição (prisão em flagrante ocorrida em 29/09/2010) decorreu período superior a 2 anos (fl. 3).

Afirma que, requerido, ao juízo das execuções, o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, no termos do art. 110, caput, e 109, V, c/c os arts. 115 e 112, I, todos do Código Penal, o pedido foi indeferido, tendo o juízo fundamentado sua decisão no fato de que a suspensão condicional da pena não admite execução provisória enquanto pendente apelação e que, por esse motivo, inexistente pretensão executória enquanto não transitada em julgado para as partes (fl. 3).

Sustenta que tal decisum lhe impôs constrangimento ilegal, na medida em que é nítida a ocorrência da prescrição da pretensão executória relativamente à pena da 2ª execução (fl. 3).

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, a fim de que seja declarada a referida prescrição.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 119/123, pelo desprovimento do presente recurso.

É o relatório.

DECIDO.

De início, cumpre ressaltar que o presente habeas corpus foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Nesse contexto, ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

Passo, assim, ao exame das alegações.

Com efeito, compulsando os autos, verifica-se que o recorrente cumpria pena, pela 1ª Execução, desde 2/9/2007, quando veio a ser novamente condenado por fato ocorrido em 30/7/2007, quando foi beneficiado com o sursis (fl. 26). Em 29/9/2010, o sentenciado voltou a ser preso, em flagrante, pela prática de novo delito, dando início à 3ª execução (causa suspensiva ou impeditiva da prescrição).

Impetrado habeas corpus, perante o Tribunal de origem, foi denegada a ordem (fls. 82/88).

Acerca da tese de prescrição da executória, o Tribunal a quo assim se pronunciou (fls. 85/88, com destaques):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] Segundo consta das informações da digna autoridade impetrada e dos documentos que as instruem, o paciente tem em andamento três execuções que somam sete anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, e quarenta e seis dias-multa, por infringência ao artigo 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, estando o término previsto para 12 de agosto de 2015. Em 27 de agosto de 2013, a pena restritiva de direito da 1ª execução foi convertida em privativa de liberdade e fixado o regime fechado. Consta ter ele praticado falta grave em 04 de setembro de 2012, razão pela qual foi determinada a perda de 1/3 dos dias remidos antes da falta. **Por decisão de 16 de janeiro de 2014 o "sursis" concedido na 2ª execução foi revogado** (fls. 62/68).

O que a impetração busca é o reconhecimento da prescrição executória com a extinção da punibilidade do paciente em relação aos fatos ocorridos em 30 de julho de 2007 que ensejaram a ação penal nº 050.07.058.125-8, controle nº 1134/2007, que teve curso na 23ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, na qual ele foi condenado a dois anos de reclusão, em regime aberto, e dez dias-multa, como incurso no artigo 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, concedida a suspensão condicional da pena por igual período. A decisão teria transitado em julgado para a acusação em 17 de março de 2008 e após ter sido o feito apreciado em Segunda Instância, o trânsito definitivo se deu em 27 de novembro de 2009.

Consoante a folha de antecedentes do paciente, **em 03 de setembro de 2007, logo após o cometimento do delito supra referido e no qual o paciente foi beneficiado com a suspensão condicional do processo, ele foi preso em flagrante, fato que originou o processo nº 68178/2007, que teve curso na 6ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, tendo ficado preso por esse feito de 12 de dezembro de 2007 a 26 de março de 2008 (fl. 24), acabando condenado a dois anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto nos artigos 155. § 4º, IV. c.c. 14. II. e 71. todos do Código Penal.**

Como se pode observar, quando do trânsito em julgado para a acusação da primeira condenação, ou seja, 17 de março de 2008, o paciente estava preso por conta do processo acima referido. Portanto, como bem observou a douta Procuradoria de Justiça, "seria absolutamente impossível que o paciente iniciasse o cumprimento do período de prova do sursis, pois estava preso, período no qual, inclusive, havia causa impeditiva da prescrição (CP, art. 116, p.u.)".

Sobre o tema assim já se decidiu, como se colhe de julgado assim ementado: "SURSIS - Beneficiário processado por outro crime ou contravenção - Prorrogação - Necessidade: Considera-se prorrogado o sursis se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, nos termos do artigo 81. parágrafo segundo, do CP. Trata-se de norma cogente, porque ela própria considera a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prorrogação, independente de manifestação judicial' (TACRIMSP - HC nº 443.284/8. relator o hoje Desembargador Figueiredo Gonçalves. 4ª Câmara, julgado em 10.06.2003). E mais, "Agravado em execução - Inteligência do artigo 81. parágrafo segundo, do Código Penal - Pretendido reconhecimento da prescrição da pretensão executória - Inadmissibilidade - 'sursis' - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo - Prorrogação automática do término da suspensão condicional da pena - Agravado não provido' (TJSP, Agravado em Execução Penal nº 0006720-95.2014.8.26.0000. relator Desembargador Borges Pereira, julgado em 10 de junho de 2014).

Se não bastasse, ele foi novamente preso em flagrante em 29 de setembro de 2010, dando causa à terceira execução, referente processo nº 79054/2010, que também tramitou pela 6ª Vara Criminal Central, no qual foi dado como incurso no artigo 155, § 4º, I, do Código Penal, e acabou condenado definitivamente a três anos de reclusão, em regime fechado. Tal fato teria sido praticado durante o período de prova do "sursis", o que levou o Ministério Público a requerer a revogação do benefício, pleito que teve a concordância da defesa, e se procedesse à nova somatória, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal, e que foi deferido em 16 de janeiro de 2014 (fls. 30/31 e 68).

Sendo assim, verifica-se não estar o ora paciente a sofrer nenhum constrangimento ilegal, motivo por que a denegação da ordem é a medida que se impõe adotar.

3. Destarte, pelo meu voto. denega-se a ordem impetrada.

Conforme se vê, o presente recurso tem por objetivo o reconhecimento da prescrição executória, com a declaração de extinção da punibilidade do recorrente quanto ao crime previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, perpetrado em 30/7/2007, pelo qual foi o sentenciado condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, concedida a suspensão condicional da pena por igual período (2ª Execução).

Houve o trânsito em julgado, para a acusação, em 17/3/2008. Após o julgamento da apelação criminal, manejada pela defesa, deu-se o trânsito definitivo em 27/11/2009.

Todavia, na data de 3/9/2007, o recorrente voltou a delinquir, vindo a ser preso, em flagrante, pela prática do crime previsto nos arts. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, e 71, todos do Código Penal, sendo condenado (3ª Execução) à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado (fl. 87).

Conforme bem ressalta o acórdão impugnado, [...] quando do trânsito em julgado para a acusação da 1ª condenação, ou seja, 17/3/2008, o paciente estava preso por conta do processo acima referido. Portanto, como bem observou a d. Procuradoria de Justiça, "seria absolutamente impossível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente iniciasse o cumprimento do período de prova do sursis, pois estava preso, período no qual, inclusive, havia causa impeditiva da prescrição (CP, art. 116, p.u.)".

Assim, tendo em vista que, quando do trânsito em julgado, para a acusação, da primeira condenação, ou seja, 17/3/2008, o recorrente estava preso (de 12/12/2007 a 26/3/2008), em decorrência da prática de um novo crime, houve interrupção da contagem do lapso prescricional, não tendo, portanto, transcorrido o período de 2 anos, indispensável à configuração da prescrição da pretensão executória, não havendo falar em constrangimento ilegal, na hipótese.

Diante do exposto, nego seguimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do art. 202, caput, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.(fls. 142/145).

De início, consoante o parecer da Procuradoria de Justiça, de fls. 70/79, não se sabe, por ausência de cópia suficiente, se houve a realização de audiência admonitória do sursis após o trânsito em julgado para a defesa (27/11/09) da execução impugnada e, assim houve, nos moldes do art. 117, V, do CP. Tal certeza apenas ocorreria com o julgamento do Agravo com o traslado respectivo (fl. 71). Ademais, o acerto ou desacerto da decisão guerreada não deve ser discutido aqui, já que há recurso próprio interposto. Não se cuida de decisão teratológica a ponto de justificar a concessão de ordem de habeas corpus antes que a questão seja apreciada no recurso de Agravo (fl. 71).

Consta, ainda, das contrarrazões ao recurso que, embora a defesa alegue que "jamais foi realizada audiência admonitória do "sursis", a verdade é que, tanto o benefício estava em vigor, que acabou sendo prorrogado o período de prova (Cf. fls. 29), havendo ainda requerimento para sua revogação (fls. 30), razão pela qual se verifica que aparentemente ocorreu a audiência, em data que não foi indicada nos presentes autos (fl. 106) e que, a fls. 29 há certidão no sentido de que "a execução 2 não está computada nos cálculos devido ao prorrogamento do SURSIS" (fl. 106).

Alega o embargante que o trânsito em julgado para o Ministério Público ocorreu em 17/03/2008. Houve imediata suspensão do curso do lapso prescricional (artigo 116, parágrafo único, do Código Penal), já que naquela data o sentenciado estava preso por conta do feito nº 68178/2007. Com a soltura, ocorrida em 26/03/2008, o curso do lapso prescricional foi retomado. Assim, em 25/03/2010 operou-se a prescrição da pretensão executória com relação à pena imposta na 2ª execução (fl. 144/145), porquanto somente houve nova interrupção do lapso prescricional pela prisão em 29/09/2010 (prática do crime de que trata a 3ª execução) (fl. 145).

Ocorre que, como constou do parecer ministerial de fls. 70/79, há possibilidade de a audiência admonitória ter ocorrido após o trânsito em julgado para a defesa (em 27/11/2009),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a ensejar nova interrupção do prazo prescricional, obstando a ocorrência da causa extintiva, o que, como bem ponderou o Ministério Público, a *decisão questionada pelo impetrante é atacada por recurso próprio, na hipótese, o Agravo em Execução, previsto no art. 197 da LEP, porquanto se nota a necessidade de análise mais aprofundada da discussão mediante apreciação das cópias integrais dos autos* (fl. 71).

De qualquer sorte, deve ser mantida a decisão embargada por seus próprios fundamentos porquanto, não havendo nos autos informes seguros quanto a realização da audiência admonitória, o que ensejaria nova interrupção do lapso temporal, não há como ser reconhecida, na via do *habeas corpus*, a ocorrência da prescrição da pretensão executória.

Ante o exposto, voto por receber os presentes embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0168769-4

EDcl no
RHC 61.606 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 002220000 20712787620138260000 2220000 RI0022ZC20000

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ERNANE SAPUCAIA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ERNANE SAPUCAIA DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.