



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000412445

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0017174-07.2024.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante DIEGO SETSUO SOARES SUENARI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 29 de abril de 2025.

RODRIGUES TORRES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo em Execução: 0017174-07.2024.8.26.0996
Relator: Desembargador Rodrigues Torres
Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal
Agravante: Diego Setsuo Soares Suenari
Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca: Presidente Prudente (DEECRIM 5ª RAJ)
Juiz(a): Vandickson Soares Emidio
Autos de origem: 0001271-91.2018.8.26.0041
Voto nº 5.116

EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. REGIME PRISIONAL APÓS UNIFICAÇÃO DE PENAS. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame: sentenciado interpôs agravo de execução contra decisão que homologou o cálculo das penas e não reconheceu a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão executória. Ele alega que o prazo prescricional para o início da execução da pena de 1 ano por receptação foi superado e que a unificação das penas não poderia fixar o regime fechado para a pena restritiva de direitos convertida em privativa de liberdade.

II. Questão em Discussão: (i) analisar a ocorrência ou não da prescrição da pena de 1 ano de reclusão pelo crime de receptação; e (ii) verificar se o regime fechado é o adequado diante da unificação das penas na fase da execução.

III. Razões de Decidir: A prescrição da pretensão executória ocorreu, pois o prazo de 4 anos foi superado sem marcos interruptivos válidos. A jurisprudência do STJ não considera a audiência de advertência sobre as condições do regime aberto como início do cumprimento da pena e, consequentemente, como marco interruptivo da prescrição. A fixação do regime fechado após a unificação das penas remanescentes é adequada tendo em vista o resultado da somatória bem como a reincidência do agravante.

IV. Dispositivo e Tese: Parcial provimento ao agravo para declarar a extinção da punibilidade do PEC nº 0001271-91.2018.8.26.0041 por prescrição da pretensão executória, mantendo o regime fechado após a soma das penas remanescentes.

Tese de julgamento: 1. A prescrição da pretensão executória ocorre quando o prazo é superado sem marcos interruptivos. 2. A unificação de penas pode resultar em regime mais gravoso conforme a soma das penas e a reincidência.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 109, V; art. 110, § 1º; art. 111; art. 112, I; art. 116, § único; art. 117, V e VI; art. 33, § 2º, a e b.

Lei de Execução Penal, art. 111; art. 181, § 1º.

Jurisprudência Citada:

STJ, AgRg no AREsp 1140931/DF, Rel. Min. Rogerio

Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 28.11.2017.
STJ, HC 116.023/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, j. 21.11.2013.
STJ, REsp n. 1.925.861/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, j. 27.04.2022.
STJ, HC 429.545/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 24.04.2018.
STJ, HC 209.626/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 26.02.2014.
STJ, AgRg no RHC 164.710/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 07.06.2022.
STJ, HC 590.459/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 25.08.2020.
STJ, AgRg no AREsp 2.110.055/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 20.03.2023.
STJ, HC 659.468/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (convocado do TJDF), Quinta Turma, j. 24.08.2021.

Vistos para julgamento

DIEGO SETSUO SOARES SUENARI, com fundamento no artigo 197 da LEP, interpôs agravo de execução contra a r. decisão que homologou o cálculo das penas e não reconheceu a extinção da punibilidade formulado com base na prescrição da pretensão executória.

O agravante, em suas razões recursais (fls. 1/6), **alega** o seguinte: **i)** o prazo para o início da execução da pena de 1 ano pelo crime de receptação foi superado em 27/11/2021, eis que a sentença transitou em julgado no dia 28/11/2017 e o prazo prescricional para tal pena é de 4 anos, sendo necessário o reconhecimento da extinção da punibilidade; e **ii)** a unificação das penas não poderia fixar o regime fechado para também para a pena restritiva de direitos reconvertida em privativa de liberdade em regime aberto após o reconhecimento de uma falta grave, sob pena de ocorrência da regressão *per saltum*.

O Ministério Público de 1ª instância, em contraminuta, **alega** que o comparecimento à audiência admonitória configura marco interruptivo da prescrição, por representar efetivo início do cumprimento da pena, e que o cálculo elaborado está de acordo com a lei (fls. 23/25).

A decisão foi mantida em juízo de retratação (fls. 27).

O Ministério Público de 2ª instância apresentou parecer opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 36/38).

É o relatório.

Voto.

O recurso comporta parcial provimento.

Segundo a folha de antecedentes criminais do agravante, ele foi condenado 5 vezes:

Proc. **0000180-67.2013.8.26.0161**: condenado à pena de 1 ano de reclusão em regime aberto, substituída por restritiva de direitos, por receptação praticada em 07/01/2013. O trânsito em julgado se deu em 16/05/2017. Porém, a prescrição da pretensão executória ocorreu em 16/09/2016 e foi reconhecida no PEC nº **0008789-92.2020.8.26.0161**.

Proc. **0014468-20.2013.8.26.0161**: condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão em regime semiaberto, por furto qualificado praticado em 29/05/2013. Foi preso em 23/05/2017 para cumprir a pena, cujo trânsito em julgado só ocorreu em 19/06/2018. No PEC nº **0013604-84.2017.8.26.0502**, progrediu ao regime aberto em 16/11/2017, e a pena foi extinta em 15/09/2019 após atingir o TCP.

Proc. **0003967-65.2017.8.26.0161**: condenado à pena de 1 ano de reclusão em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade, por receptação praticada em 28/03/2017. A sentença transitou em julgado para a defesa e para o MP no dia 28/11/2017. No PEC nº **0001271-91.2018.8.26.0041**, foi determinada, em 26/09/2019, a apresentação do sentenciado para o início do cumprimento da PRD (fls. 41). Em 20/08/2019, **Diego** se apresentou para o início do cumprimento da pena (fls. 45 e 51). Porém, não compareceu à entidade para a qual deveria prestar os serviços (fls. 58). Assim, em 30/09/2020, a pena foi convertida em privação de liberdade no regime aberto (fls. 74). Antes de ser intimado para dar início ao cumprimento do PPL o PEC nº **0006319-25.2019.8.26.0161** foi apensado aos autos. Apenas em 2023 o sentenciado foi intimado para comparecer em juízo para dar início ao cumprimento da PPL em RA. A audiência de advertência ocorreu em 07/07/2023 (fls. 101). Porém, antes do primeiro retorno para comparecimento em juízo, sobreveio a informação da prisão de **Diego** pelo cometimento de novo crime (Proc. **1532583-56.2023.8.26.0228**), o que ensejou o reconhecimento da prática de falta grave, bem como a regressão de regime.

Proc. **0000310-25.2015.8.26.0537**: condenado à pena de 3 anos de reclusão em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por furto qualificado e receptação praticados em 20/04/2015, com trânsito em julgado em 22/02/2019. No PEC nº **0006319-25.2019.8.26.0161**, a audiência para o início do cumprimento da

pena se deu em 20/09/2022 (fls. 83). No dia 17/10/2022, ele se apresentou para cadastramento do programa de PSC (fls. 84), e efetivamente cumpriu a pena de out/2022 a 04/2023, quando parou de prestar os serviços. O juízo determinou, em 23/11/2023, a intimação para a retomada do cumprimento da pena, só que, diante da prática de novo crime, com condenação em regime fechado, os PECs foram apensados aos autos de nº **0001271-91.2018.8.26.0041** e as penas foram somadas.

Proc. **1532583-56.2023.8.26.0228**: condenado à pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias em regime fechado por adulteração de sinal identificador de veículo e por tentativa de furto praticados em 17/11/2023, ocasião em que **Diego** foi preso em flagrante. A sentença transitou em julgado em 23/10/2024. O PEC nº **0004233-77.2024.8.26.0041** foi apensado aos autos nº **0001271-91.2018.8.26.0041**.

Após o encaminhamento dos PECs III, IV e V ao DEECRIM da 1ª RAJ, foi proferida, em 22/05/2024, decisão que (1) unificou as penas, (2) reconheceu a prática de falta grave em relação à pena III, (3) converteu a PRD em PPL (pena IV), (4) estabeleceu o regime fechado para o cumprimento das penas remanescentes e (5) determinou a retificação do cálculo (fls. 121-123 dos autos nº 0001271-91.2018.8.26.0041):

“Vistos.

O(A) sentenciado(a) Diego Setsuo Soares Suenari cumpria pena em regime aberto desde 07/07/2023 por este PEC nº 0001271-91.2018, cometeu novo crime em 17/11/2023 pelo qual foi condenado(a) em definitivo, o que deu ensejo à expedição de outra guia de recolhimento, com pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime fechado (PEC nº 0004233-77.2024 – origem nº 1532583-56.2023.8.26.0228).

Além disso, verifica-se às fls. 82 que foi apensado outro PEC de pena restritiva de direitos (PEC nº 00006319-25.2018), porém não foi proferida decisão sobre eventual conversão da pena e unificação.

É a síntese do essencial.

Fundamento e decido.

1) Quanto ao PEC nº 0004233-77.2024, tendo em vista que o cometimento de crime doloso configura a prática de falta grave (artigo 52 da LEP), ante a gravidade dos fatos, os quais demonstram que o(a) sentenciado(a) insiste em trilhar o caminho do ilícito apesar das oportunidades que lhe são dadas, determino a perda de 1/3 dos dias anteriormente remidos ou a remir, por trabalho ou estudo, anteriormente à data do cometimento do ilícito mencionado, o que faço com fulcro no artigo 127 da Lei de Execução Penal, bem como determino que a data do cometimento da falta grave seja considerada o termo inicial de contagem de benefícios de progressão.

(...)

O regime de cumprimento da reprimenda será fixado nos termos do artigo 111 da LEP, consoante abaixo decidido. Como o(a) sentenciado(a) estava em regime aberto, determino a regressão ao regime fechado, nos termos do artigo 118, inciso I, da LEP.

2) Quanto ao outro PEC apenso nº 0006319-25.2019 (origem nº

0000310-25.2015.8.26.0537), a condenação ocorreu em data anterior à condenação à pena privativa de liberdade (de reclusão, em regime inicial fechado) imposta ao sentenciado nos autos do PEC nº 0006319-25.2019, de modo que não há óbice à conversão da pena alternativa em privativa de liberdade.

Ressalte-se que a vedação explicitada no tema 1106 do STJ se refere tão somente aos casos em que a condenação por penas restritivas de direitos for superveniente à condenação por pena privativa de liberdade, o que não é o caso dos autos.

Assim, de rigor a conversão da pena restritiva de direitos concedida nos autos do processo nº 0000310-25.2015.8.26.0537 (PEC nº 0006319-25.2019), em pena privativa de liberdade.

DECIDO.

Diante do exposto, e mais que dos autos consta, reconheço a falta grave cometida por Diego Setsuo Soares Suenari em 17/11/2023. E, por consequência, fica também declarada a regressão ao regime fechado, bem como a perda de 1/3 (um terço) do tempo remido ou a remir, por trabalho ou por estudo, anteriores à data da falta reconhecida, o que faço com fulcro no artigo 127 da Lei de Execução Penal, bem como determino que a data do cometimento da falta grave seja considerada como termo inicial de contagem de benefícios de progressão. Ademais, considerando a incompatibilidade do cumprimento da(s) pena(s) privativa(s) de liberdade com a pena imposta no novo processo de execução criminal nº 0006319-25.2019 e com fundamento no artigo 181 § 1º, letra "e" da Lei de Execução Penal, converto a pena restritiva de direitos concedida nos autos do processo nº 0000310-25.2015.8.26.0537, em pena privativa de liberdade.

Anote-se a falta grave, sendo certo que é desnecessária a oitiva do(a) sentenciado(a), uma vez que já ouvido(a) por ocasião do julgamento do novo crime por ele(a) praticado.

No mais:

1) Necessária a unificação das três penas, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal. E, somada a pena remanescente com a nova pena imposta e considerando a prática de falta grave e a reincidência, fica estabelecido o regime fechado.

2) Retifique-se o cálculo de penas, consignando a data do último delito como data base para o lapso relativo aos benefícios de progressão."

A defesa, então, requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão executória em relação à pena III, a fixação do regime aberto para a pena IV (após sua conversão em PPL), e a contabilização da pena IV apenas quando o sentenciado progredisse para o regime aberto em relação à pena V, para que não houvesse uma regressão *per saltum* da pena IV.

Porém, o pedido de prescrição foi indeferido com base nos seguintes fundamentos (fls. 176-178):

"Vistos.

Trata-se de pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão executória formulado em favor de Diego Setsuo Soares Suenari, RG: 44901466, RJ: 170079484-84, referente ao processo nº 0003967-65.2017.8.26.0161, (PEC nº 0001271-91.2018) (fls.129/135). Houve manifestação desfavorável do Ministério Público (fls. 165).

É o relatório.

Fundamento e decido.

O caso é de não reconhecimento da prescrição.

O(A) sentenciado(a) foi condenado(a) à pena de um ano de reclusão, pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, posteriormente convertida em pena privativa de liberdade a requerimento do sentenciado (fls. 74).

Primeiramente importante ressaltar que a prescrição da pretensão executória, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o recurso ministerial, regula-se pela pena aplicada (art. 110, § 1º, CP).

O prazo prescricional começa a correr a partir do trânsito em julgado para ambas as partes, ou a partir da data do trânsito em julgado para a acusação, se este ocorreu antes de 11/11/2020, conforme entendimento fixado na tese do tema 788 do STF:

"O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54". Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

Em relação a modulação dos efeitos, assim restou decidido:

"6. Modulação de efeitos: Como exposto, para os casos em que declarada prescrita a pretensão executória estatal por qualquer instância judicial ainda que aplicado o entendimento em desacordo com o proposto nessa repercussão geral, reitero devem receber igual tratamento jurídico, diante da aplicação dos preceitos da segurança jurídica e da proteção da confiança. Nos casos em que a prescrição não tenha sido analisada ou declarada, deve-se aplicar o tema nos termos do voto para todos os casos em que o trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido a partir de 11/11/20, data do julgamento das ADC nºs 43, 44 e 54 (por ser o marco que condicionou o trânsito em julgado para ambas as partes para o Estado exercer a pretensão executória da pena). Assim, para todos os casos nos quais o trânsito em julgado para a acusação tenha se dado ANTES de 11/11/20 incluídos aí os lapsos em que houve oscilação jurisprudencial acerca da correta aplicação da literalidade do dispositivo (ou seja: do julgamento do HC nº 84.078, em 5/2/09, ao julgamento do HC nº 126.292, ocorrido em 17/5/16, e deste até o julgamento das ADC nºs 43, 44 e 54, em 11/11/20), aplica-se a literalidade do art. 112, inciso I, do CP, fluindo o prazo prescricional a partir deste termo: trânsito em julgado para a acusação."

No caso em análise o trânsito em julgado para a acusação ocorreu em 28/11/2017 (fls.26), razão pela qual aplicável a literalidade do artigo 112, inciso I, do CP, devendo ser considerada a citada data como marco inicial.

A prescrição da pretensão executória estatal é de 04 anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal), tendo em vista a pena aplicada.

Com efeito, antes do transcurso do lapso temporal necessário à concretização da causa de extinção da punibilidade, o(a) sentenciado(a) voltou a delinquir, caracterizando, em princípio, a reincidência.

Contudo, verifica-se da certidão de fls. 166/167 que o sentenciado cumpriu pena pelo PEC nº 013604-84.2017.8.26.0502 (origem nº 01468-20.2013.8.26.0161) de 16/1/2017 a 15/09/2019.

Ora, nos termos do artigo 117, V, do Código Penal, o cumprimento de pena é causa interruptiva da prescrição.

Assim, o período em que o sentenciado cumpria pena por outro processo deve ser considerado como interrupção.

Desse modo o período de 4 anos deve contar a partir de 15/09/2019.

Observa-se ainda que o sentenciado iniciou o cumprimento da pena deste PEC em regime aberto em 07/07/2023, quando realizou a audiência de advertência (fls.100).

Assim, tem-se que entre a data do término do cumprimento da pena do PEC nº 013604-84.2017.8.26.0502 e o início do cumprimento da pena deste PEC nº 0001271-91.2018 não decorreu o prazo de 4 anos necessário para o reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

Diante do exposto, por não estar consumada, não reconheço a prescrição da pretensão executória estatal com relação ao processo nº 0003967-65.2017.8.26.0161 (PEC nº 0001271-91.2018)."

Contra tal decisão, foi impetrado o HC nº 2208216-92.2024.8.26.0000, de relatoria do Eminentíssimo Desembargador Marcelo Semer, cujo objeto não foi conhecido pela Turma Julgadora da 13ª Câmara de Direito Criminal. Porém, também constou do v. acórdão não haver ilegalidade na decisão que não reconheceu a prescrição da pretensão executória:

"Ademais, inexistente ilegalidade perpetrada pela autoridade reputada coatora. Como bem esclarecido pela autoridade coatora, a extinção da pena em relação aos autos 013604-84.2018.8.26.0502 não implica na desconsideração da tal feito na análise de prescrição dos autos, dado que a execução de pena é marco interruptivo da prescrição. Assim, não se observa ilegalidade flagrante neste ponto."

Na sequência, foi elaborado novo cálculo, unificando as penas dos PECs III, IV e IV, cuja soma resultou em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, tendo com termo inicial de cumprimento a data da audiência para o início do cumprimento da pena III em regime aberto (fls. 200-204 dos autos originais).

A defesa impugnou o cálculo (fls. 228-229), que, no entanto, acabou sendo homologado pelo juízo (fls. 255).

A discussão do presente recurso limita-se a resolver dois assuntos autônomos: i) a ocorrência ou não da prescrição da pena III; e ii) a fixação do regime fechado com a unificação das penas III, IV e V.

Com relação ao primeiro assunto, cumpre registrar que, apesar de a matéria já ter sido impugnada por meio do HC nº 2208216-92.2024.8.26.0000, o writ não foi conhecido justamente pelo fato de a matéria não ter sido impugnada pela via adequada, o que ora acontece. Sendo assim, o pedido pode ser apreciado na sua integralidade, dado que inexistente a coisa julgada.

Inicialmente, não há dúvida de que o prazo prescricional da pena III é 4 anos (nos termos do art. 109, V, do CP) e que o termo inicial da prescrição é o trânsito em julgado da condenação (art. 112, I, do CP), ocorrida tanto para a defesa como para a acusação em 28/11/2017. Mas, aos menos três marcos interruptivos foram apontados pelo Ministério Público e que, em tese, teriam impedido a fluência ininterrupta desses 4 anos: i) o cometimento de novo crime; ii) o cumprimento da pena II até 15/09/2019 (quando foi extinta); e iii) o comparecimento às audiências de advertência da PRD, ocorrida em 20/08/2019, e do regime aberto, ocorrida em 07/07/2023. Resta saber se, efetivamente, configuram marcos interruptivos ou impeditivos, nos termos dos arts. 116, § único, e 177, V e VI, do CP.

O cometimento de novo crime é, conforme o art. 117, VI, do CP¹, causa interruptiva da prescrição. Todavia, em relação à pena III, a reincidência só ocorreu em 17/11/2023, quando **Diego** foi preso em flagrante pela prática de adulteração de sinal identificador de veículo e tentativa de furto (conduta que resultou na pena V). Sendo assim, tal marco interruptivo não evitaria a ocorrência da alegada prescrição.

O cumprimento de outra pena, por sua vez, não configura o marco interruptivo do inciso V do art. 117². O dispositivo se refere tão somente ao início ou à continuação do cumprimento da **própria pena** imposta. Porém, o cumprimento de **outra pena** representa, segundo a jurisprudência do STJ, causa impeditiva (isto é, suspensiva) da prescrição, prevista no art. 116, § único, do CP³:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA. SUSPENSÃO DO PRAZO ENQUANTO O CONDENADO ESTÁ PRESO POR OUTRO MOTIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória consiste no trânsito em julgado para a acusação, mas o lapso prescricional permanece suspenso durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, consoante expressa previsão do art. 116, II, do CP. 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 1140931/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017, g.n.)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. (...) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NÃO RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. NÃO OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DE PENA POR

¹ Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: VI) pela reincidência.

² Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: V) pelo início ou continuação do cumprimento da pena.

³ Art. 116, § único: Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

CONDENAÇÃO EM OUTROS PROCESSOS. CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) VIII. Do mesmo modo, não se verifica a alegada ocorrência da pretensão executória superveniente, deduzida pela Defensoria Pública, em petição posteriormente apresentada, no presente writ, matéria que, além de apreciável, de ofício, foi, efetivamente, enfrentada pelo acórdão ora impugnado. IX. O prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, considerando-se o quantum de pena imposto ao paciente - 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão -, consoante disposto no art. 109, V, c/c art. 110 do Código Penal, acrescido de 1/3 (um terço), por ser ele reincidente, nos termos do art. 110 do Código Penal, restando estabelecido em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença para a acusação, em 18/01/2004, termo inicial da prescrição da pretensão executória, a teor do art. 112, I, do Código Penal. X. **Todavia, o cumprimento de pena por outros processos constitui causa impeditiva da prescrição, nos termos do art. 116, parágrafo único, do Código Penal.** XI. Na hipótese, o paciente cumpre pena por outras condenações, com previsão de término em 04/01/2015, razão pela qual a Execução, de que trata o presente writ, possui previsão de início somente em 05/01/2015, obstando-se, portanto, o transcurso do prazo da prescrição da pretensão executória, eis que a impossibilidade de execução da pena decorre do cumprimento de outra condenação, e não da inércia do Estado. Inexistência de flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão da ordem, de ofício. XII. Habeas corpus não conhecido." (HC 116.023/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 11/12/2013, g.n.)

E, diferentemente da literalidade da lei, que estabelece que *"a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo"*, a jurisprudência do STJ estende a suspensão da prescrição também para o caso de cumprimento de outras penas em regime aberto ou livramento condicional:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. NÃO VERIFICAÇÃO. ART. 116, P. ÚNICO, DO CP. CAUSA IMPEDITIVA. PACIENTE CUMPRINDO PENA POR OUTRO CRIME. LIVRAMENTO CONDICIONAL. IRRELEVÂNCIA. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O STF e o STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir 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. Prevalece no STJ o entendimento no sentido de que o regramento trazido no art. 116, parágrafo único, do CP abrange também aqueles que se encontram cumprindo pena em regime aberto, prisão domiciliar ou em livramento condicional. Dessa forma, encontrando-se o paciente cumprindo pena em livramento condicional, o curso da prescrição da pretensão executória não teve início com o trânsito em julgado para o Ministério Público, haja vista a existência de causa impeditiva. Ainda que assim não fosse, verifico que o paciente foi beneficiado com o livramento condicional apenas em 11/7/2016. Assim, mesmo que se acolhesse a tese da defesa, no sentido de que o

cumprimento da pena em livramento condicional não teria o condão de impedir o curso da prescrição da pretensão executória, esta teria iniciado seu curso apenas em 11/7/2016, pois o cumprimento de pena por outro crime teria impedido o início do seu curso com o trânsito em julgado para o Ministério Público. Nesse contexto, não teria decorrido o lapso de 4 anos necessário ao reconhecimento da prescrição da pretensão executória da pena. 3. Habeas corpus não conhecido.” (HC 429.545/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 07/05/2018, g.n.)

*“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PACIENTE PRESO POR OUTRO PROCESSO. PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL.** (3) RECOLHIMENTO DO PACIENTE EM REGIME MAIS GRAVOSO. INEXISTÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-DEMONSTRADO PORQUE EVENTUAL E INCERTO. MANIFESTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. 2. **Incide o parágrafo único do art. 116, parágrafo único, do Código Penal, na hipótese em que o sentenciado esteja cumprindo pena imposta em outro processo, em regime aberto (prisão albergue domiciliar).** 3. O deferimento da ordem de habeas corpus pressupõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir e vir das pessoas. No caso concreto, não restou demonstrada a inexistência de vaga no regime adequado, porquanto o paciente sequer iniciou o cumprimento da pena. 4. Writ não conhecido.” (HC 209.626/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014, g.n.)*

Sendo assim, tendo em vista que **Diego** cumpria a pena II em regime aberto quando a condenação referente à pena III transitou em julgado, necessário reconhecer que o prazo prescricional ora discutido ficou suspenso desde o trânsito em julgado (em 28/11/2017) até a extinção da pena II (em 15/09/2019), quando voltou a fluir.

Porém, entre a retomada do prazo até o marco interruptivo da nova prisão em flagrante, em 17/11/2023, ainda assim seria possível a ocorrência da prescrição, visto que o período é superior a 4 anos.

Além disso, necessário pontuar que, nesse ínterim, o agravante também começou a cumprir a pena IV – de 21/10/2022 a abril/2023 (quando abandonou as atividades), o que poderia configurar nova suspensão do prazo prescricional. Entretanto, a jurisprudência não menciona o cumprimento de PRD como motivo para suspender a fluência do prazo prescricional de outra pena, mas apenas a prisão, o livramento condicional e o cumprimento de pena no regime aberto. E, como o art. 116, § único, do CP, menciona apenas a suspensão do prazo prescricional decorrente de “*prisão do condenado por outro motivo*”, não seria

possível comparar tal hipótese a uma prestação de serviços à comunidade, por exemplo. Aliás, a pena ora discutida (pena III), também restritiva de direitos, poderia muito bem ser executada conjuntamente com a pena IV, o que não ocorreu, evidenciando assim a inércia do Estado.

Por fim, resta saber se o comparecimento às audiências de advertência configura marco interruptivo.

Em regra, a jurisprudência do STJ não reconhece a audiência de advertência como início do cumprimento da pena e, consequentemente, como marco interruptivo da prescrição:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 117, IV, CP. DISPOSITIVO QUE SE REFERE À PRETENSÃO PUNITIVA. 2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO A QUO. ART. 112, I, DO CP. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA X INTERPRETAÇÃO BENÉFICA. 3. COMPARECIMENTO A AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. 4. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. 5. UNIFICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E RECONVERSÃO EM PRIVATIVAS DE LIBERDADE COM BASE UNICAMENTE NO RESULTADO DA SOMA DAS PENAS: ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A tese recentemente firmada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 176.473/RR, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 27/4/2020, DJe 5/5/2020), no sentido de que o acórdão meramente confirmatório também é causa interruptiva da prescrição, não se aplica à hipótese dos autos, haja vista o marco interruptivo previsto no art. 117, inciso IV, do Código Penal, dizer respeito à prescrição da pretensão punitiva, e não da pretensão executória. 2. Não se desconhece decisão da Primeira Turma do STF, no sentido de não ser possível prescrever aquilo que não pode ser executado, dando assim interpretação sistemática ao art. 112, I, do CP, à luz da jurisprudência do STF, segundo a qual só é possível a execução da decisão condenatória depois do trânsito em julgado, o que impediria o curso da prescrição (RE 696.533/SC, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, julgamento em 6/2/2018). 3. Nada obstante, cuidando-se de decisão proferida por órgão fracionário daquela Corte, em controle difuso, mantenho o entendimento pacífico do STJ, “no sentido de que, conforme disposto expressamente no art. 112, I, do CP, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes, prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado” (AgRg nos EAREsp n. 908.359/MG, Terceira Seção, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, DJe de 2/10/2018). 4. Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido repercussão geral sobre a matéria (Tema 788), o ARE n. 848.107 ainda não foi julgado. 5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que “A audiência admonitória não se confunde com o efetivo início ou retomada de cumprimento da pena e, portanto, não interrompe o prazo prescricional, sob pena de se criar um novo marco interruptivo, o que é vedado, seja porque o rol previsto no art. 117 do CP é taxativo, seja porque inaceitável a aplicação de analogia in malam partem” (HC 590.459/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO,

SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020). Precedentes: HC 485.028/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019; AgRg no REsp 1.709.794/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 09/11/2018). 6. Na espécie, o executado foi condenado na ação penal n. 5001241-53.2012.4.04.7016 à pena de 1 (um) ano de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por prestação de serviços comunitários. Referida condenação transitou em julgado para a acusação em 09/03/2016 e para a defesa em 24/02/2017. Consta, ainda, que o apenado compareceu a audiência admonitória em 02/12/2019, para dar início ao cumprimento da pena, mas jamais se apresentou à entidade designada para o resgate das horas. Nos termos do art. 109, inciso V, e do art. 110, ambos do Código Penal, a pretensão executória da pena imposta ao paciente prescreve em 4 (quatro) anos. Nesse contexto, transcorrido lapso temporal superior a 4 (quatro) anos desde o trânsito em julgado para a acusação, sem que o apenado tivesse iniciado o cumprimento da pena, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. 7. É de se reconhecer a ilegalidade da decisão que promove a reconversão de penas restritivas de direitos em privativas de liberdade com base, unicamente, no resultado de soma superior a 4 anos, pois a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, caso se revele possível e compatível o cumprimento sucessivo ou simultâneo de penas restritivas de direitos é inadmissível a sua reconversão em penas privativas de liberdade, por ocasião da unificação de penas. Precedentes: HC 694.870/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021; AgRg no AgRg no HC 545.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020. 8. Recurso ordinário em habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para (1) reconhecer a prescrição da pretensão executória da condenação imposta ao ora recorrente na ação penal n. 5001241-53.2012.4.04.7016 e (2) declarar a ilegalidade da reconversão das penas restritivas de direitos impostas ao recorrente nas ações penais n.s 0001392-49.2016.4.03.6125 e 5006100-47.2018.4.04.7002, em privativas de liberdade, sem que tenha sido demonstrada a incompatibilidade de seu cumprimento sucessivo ou simultâneo. 9. Agravo regimental do Ministério Público Federal desprovido.” (AgRg no RHC n. 164.710/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022, g.n.)

“HABEAS CORPUS. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM PERÍODO DE DEFESO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA E DE DILIGÊNCIAS ESTATAIS PARA A RECAPTURA DO APENADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE MARCOS INTERRUPTIVOS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A audiência admonitória não se confunde com o efetivo início ou retomada de cumprimento da pena e, portanto, não interrompe o prazo prescricional, sob pena de se criar um novo marco interruptivo, o que é vedado, seja porque o rol previsto no art. 117 do CP é taxativo, seja porque inaceitável a aplicação de analogia in malam partem. 2. Ainda que realizadas diversas buscas sem êxito na recaptura, é do Estado-Juiz o ônus de garantir a efetividade da execução penal. 3. Para efeito de análise da prescrição da pretensão executória, as penas fixadas nas duas condenações devem ser isoladamente consideradas, verificando-se a prescrição de cada uma delas, nos moldes do art. 109, V, do Código Penal, em 4 anos. 4. Interrompido o cumprimento das penas restritivas de

direitos em 7/9/2013, e retomado tão somente em 4/10/17, verifica-se o decurso do prazo prescricional entre tais marcos interruptivos. 5. Habeas corpus concedido para declarar extinta a punibilidade do paciente em razão da prescrição da pretensão executória.” (HC n. 590.459/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 4/9/2020.)

Ora, o comparecimento à audiência admonitória não representa, por si só, o início do cumprimento da pena alternativa, mas apenas a indicação de como ela será executada. Logo, a audiência não poder representar um marco interruptivo da prescrição por não configurar, propriamente, o início da pena.

Entretanto, o mesmo não acontece com relação às audiências de advertência para o ingresso no regime aberto, pois a apresentação periódica em juízo constitui uma das obrigações desse regime. Sendo assim, a apresentação inicial pode configurar, sim, em tese, o início do cumprimento da pena. E foi justamente por entender dessa maneira que o juízo de 1ª instância considerou a audiência inicial como um marco interruptivo e indeferiu o pleito do agravante.

Porém, para a jurisprudência dominante, o não comparecimento periódico do sentenciado após a audiência de advertência não configura pena efetivamente cumprida.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. 1. Se o apenado não compareceu em juízo para o cumprimento das condições impostas, relativas ao regime aberto, não há como computar o respectivo período como pena efetivamente cumprida, a despeito de inexistir decisão anterior de sustação cautelar do referido regime. 2.”A situação posta nos autos refere-se ao descumprimento de condições impostas ao apenado em regime aberto, situação distinta daquelas que justificam a aplicação do verbete sumular n. 617/STJ, específico para as hipóteses de concessão de livramento condicional, o que impede a sua incidência” (AgRg no HC n. 606.027/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 10/2/2021). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp n. 2.110.055/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023, g.n.)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. TIPICIDADE DOS FATOS NARRADOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de 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 - É assente nesta eg. Corte Superior que "Se o apenado descumpre as condições do regime aberto ou não comparece para dar cumprimento às condições impostas, não há falar em extinção da pena pelo cumprimento da pena remanescente, o qual sequer se inicia efetivamente em tais casos" (HC n. 380.077/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Nêfi Cordeiro, DJe de 6/11/2017). III - Escorreito o posicionamento adotado pelo eg. Tribunal a quo, ao não considerar como pena efetivamente cumprida o período de 18/11/2018 a 28/5/2019, no qual o apenado se furtou ao comparecimento periódico em juízo - se quedando incurso em falta grave: descumprimento das condições impostas no regime aberto, prevista no art. 50, V, da Lei de Execuções Penais. Habeas Corpus não conhecido." (HC n. 659.468/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021, g.n.)

Logo, se o não comparecimento subsequente à audiência de advertência do regime aberto impede o reconhecimento de efetivo cumprimento da pena (entre a apresentação inicial até a data em que a obrigação deixou de ser cumprida), a audiência em si também não pode representar o início do cumprimento da pena e, conseqüentemente, marco interruptivo da prescrição. Sendo assim, a jurisprudência do STJ também se aplica a tal hipótese.

Voltando ao caso, e partindo dessa conclusão, do retorno da fluência do prazo prescricional, em 15/09/2019, até a prática de novo crime pelo sentenciado, em 17/11/2023, não ocorreu qualquer marco interruptivo do art. 117 do CP. Assim, nesse ínterim, o prazo prescricional de 4 anos foi superado.

Portanto, necessário reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão executória da pena III, conforme pleiteado pelo agravante.

Diante disso, sobraria para cumprir as penas IV (PRD) e V (PPL), o que nos leva à decisão sobre o segundo ponto suscitado pelo agravante.

Com relação à unificação desses dois tipos de pena, o STJ decidiu, em sede da sistemática dos recursos repetitivos, que a lei permite a conversão da pena restritiva de direitos quando o apenado vem a ser posteriormente condenado à pena privativa de liberdade.

"RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. EXECUÇÃO PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. EXECUÇÃO SIMULTÂNEA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A lei contempla a possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos quando o apenado vem a ser posteriormente condenado à pena privativa de liberdade. Inteligência dos arts. 44, § 5.º, do Código Penal e 181, § 1.º, e, da Lei n. 7.210/84. 2. Os arts. 44, § 5.º, do Código Penal e 181, § 1.º, e, da Lei n. 7.210/84, não amparam a conversão

*na situação inversa, qual seja, aquela em que o apenado já se encontra em cumprimento de pena privativa de liberdade e sobrevém nova condenação em que a pena corporal foi substituída por pena alternativa. 3. Em tais casos, a conversão não conta com o indispensável amparo legal e ainda ofende a coisa julgada, tendo em vista que o benefício foi concedido em sentença definitiva e, portanto, somente comporta a conversão nas situações expressamente previstas em lei, em especial no art. 44, §§ 4.º e 5.º, do Código Penal. 4. A pena restritiva de direitos serve como uma alternativa ao cárcere. Logo, se o julgador reputou adequada a concessão do benefício, a situação do condenado não pode ser agravada por meio de interpretação que amplia o alcance do § 5.º do art. 44 do Código Penal em seu prejuízo, notadamente à vista da possibilidade de cumprimento sucessivo das penas. 5. Recurso especial desprovido, com a fixação da seguinte tese: "**Sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade, ressalvada a possibilidade de cumprimento simultâneo aos apenados em regime aberto e vedada a unificação automática nos casos em que a condenação substituída por pena alternativa é superveniente.**" (REsp n. 1.925.861/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 28/6/2022, g.n.)*

No caso, como a pena IV é anterior à pena V, ela pode ser reconvertida em privação de liberdade, nos termos da condenação: 3 anos de reclusão em regime aberto.

A questão passa a ser como unificar essa pena, em regime aberto, e a pena V, em regime fechado.

Diferentemente do que alega o agravante, a pena IV não poderia ser somada à pena V apenas quando essa estivesse sendo cumprida em regime aberto, para preservar o regime menos gravoso imposto na sentença. É que o art. 111 da LEP permite a redefinição do regime prisional após a soma ou a unificação de penas no curso da execução, sem que isso viole a coisa julgada ou configure regressão *per saltum*:

“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.”

Tendo isso em vista, considerando que a soma das penas IV e V alcança o montante de 6 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e que **Diego** é reincidente, não haveria outro regime possível que não o fechado para o início do cumprimento das penas, nos termos do art. 33, § 2º, a e b, do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ou seja, a imposição do regime mais gravoso não configura regressão *per saltum* da pena IV, nem preferência pelo regime imposto na pena V, mas, tão somente, a definição do regime mais adequado após a soma de penas distintas,

De rigor, pois, a manutenção da r. decisão.

ISSO POSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo para declarar a extinção da punibilidade do PEC nº 0001271-91.2018.8.26.0041, em face da prescrição da pretensão executória, mas, mantenho o regime fechado definido após a soma das penas remanescentes.

Eis o meu voto.

RODRIGUES TORRES
Relator