



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.085 - SP (2014/0335225-9)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : ANDRE MORAES CASTANHO
ADVOGADO : ANDRÉ MORAES CASTANHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON CONCEICAO BOTELHO CABRAL (PRESO)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **COMUTAÇÃO DE PENAS**. AMPLIAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS DECRETOS PRESIDENCIAIS 7.420/2010 E 7.648/2011. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O art. 2º, tanto do Decreto n. 7.420/10 quanto do Decreto n. 7.648/11 exigem, para fins de atendimento de **requisito objetivo** para obtenção do benefício de comutação da pena, o cumprimento de **1/4 (um quarto)** da reprimenda total imposta ao sentenciado, **não-reincidente**, e **1/3 (um terço)**, se **reincidente**. Entender-se que a prática de falta grave obriga o sentenciado ao cumprimento de novo lapso da pena restante, para fins de concessão da comutação, é criar requisito objetivo não previsto em lei (precedentes).

IV - Por absoluta disposição literal do art. 4º dos Decretos n.s 7.420/10 e 7.648/11, apenas as faltas graves praticadas pelo sentenciado nos últimos 12 (doze) meses que antecederam a publicação do ato presidencial impossibilitam a concessão da comutação da pena. Assim, é irrelevante a falta grave cometida em período diverso do estabelecido no decreto concessivo (precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - A submissão do apenado a exame criminológico para fins de comutação da pena se afigura ilegal, uma vez tal requisito não está previsto no Decreto Presidencial.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida **de ofício** para restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu ao paciente a comutação de suas penas, nos termos dos Decretos Presidenciais nºs 7.420/2010 e 7.648/2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 30 de junho de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.085 - SP (2014/0335225-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de WASHINGTON CONCEICAO BOTELHO CABRAL, contra v. acórdão prolatado pelo e. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos do agravo em execução n. 0149936-85.2012.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o Juízo da 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente deferiu o pedido de comutação de penas ao sentenciado, ora paciente, com base nos Decretos Presidenciais n.s 7.420/2010 e 7.648/2011.

Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo em execução perante o eg. Tribunal **a quo** sustentando que, *"apesar de ter implementado o requisito de ordem objetiva, o cativo não demonstrou mérito para ser beneficiado, pois, além de resgatar pena em razão da prática de crimes gravíssimos homicídio, roubo majorado, tráfico de drogas, também praticou falta disciplinar de natureza grave que denota ausência de mérito para a obtenção da referida benesse"* (fl. 57, e-STJ).

A eg. 5ª Câmara de Direito Criminal do **Tribunal de Justiça de São Paulo**, por sua vez, deu provimento ao recurso *"para cassar a decisão recorrida, devendo ser extirpado do cálculo de liquidação de penas o período comutado, e determinar que o sentenciado WASHINGTON CONCEIÇÃO BOTELHO CABRAL seja submetido a exame criminológico"* (fl. 62, e-STJ, grifei).

No presente **writ**, sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em seu **status libertatis**, uma vez que *"o E. Tribunal de Justiça Paulista decidiu pela inexistência do requisito de ordem subjetiva para o alcance do benefício em comento sustentando a necessidade do preenchimento de circunstâncias que não estão previstas nos decretos presidenciais"* (fl. 4, e-STJ).

Sustenta, ainda, que *"para a aferição do comportamento carcerário, os éditos exigem exclusivamente a inexistência da prática de qualquer falta grave no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período de 12 meses contados retroativamente à data de publicação dos decretos", e que, "em nenhum momento o Presidente da República exigiu a realização de exame criminológico para aferição do requisito subjetivo" (fl. 4, e-STJ).

Aduz que "o magistrado deverá respeitar os moldes estabelecidos nos decretos quando da análise do cabimento da benesse, o que fica mais evidente quando se tem em vista que a decisão do d. Juízo da execução penal é de natureza meramente declaratória, vale dizer, o Presidente da República é o legitimado a constituir o direito inculpado nos éditos, cabendo ao Poder Judiciário apenas a análise do preenchimento dos requisitos e sua aplicação nos limites estabelecidos pelo Chefe do Poder Executivo" (fl. 8, e-STJ).

*Por fim, aduz que "a **gravidade genérica dos delitos praticados, as faltas graves em período não abrangido pelo decreto e a realização de exame criminológico não podem constituir óbices à concessão do benefício em comento**" (fl. 9, e-STJ, grifei).*

*Desse modo, requer a "concessão do **provimento liminar**, para se suspender o v. acórdão combatido, com o escopo de sustar a realização do exame criminológico e manter a liquidação de penas do período comutado". No **mérito**, requer a "total procedência do presente pedido mandamental, confirmando-se a liminar conferida, para se conceder, em definitivo, ordem de habeas corpus, a fim de se cassar o v. acórdão do E. Tribunal de Justiça Paulista, concedendo-se a comutação ao paciente" (fl. 11, e-STJ, grifei).*

A liminar foi indeferida (fls. 68-69, e-STJ).

Ao se pronunciar, o d. Ministério Público Federal, em parecer acostado às fls. 102-108, manifestou-se "pelo não conhecimento do writ, ou, no mérito, pela denegação da ordem."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.085 - SP (2014/0335225-9)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **COMUTAÇÃO DE PENAS**. AMPLIAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS DECRETOS PRESIDENCIAIS 7.420/2010 E 7.648/2011. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA **DE OFÍCIO**.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O art. 2º, tanto do Decreto n. 7.420/10 quanto do Decreto n. 7.648/11 exigem, para fins de atendimento de **requisito objetivo** para obtenção do benefício de comutação da pena, o cumprimento de **1/4 (um quarto)** da reprimenda total imposta ao sentenciado, **não-reincidente**, e **1/3 (um terço)**, se **reincidente**. Entender-se que a prática de falta grave



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obriga o sentenciado ao cumprimento de novo lapso da pena restante, para fins de concessão da comutação, é criar requisito objetivo não previsto em lei (precedentes).

IV - Por absoluta disposição literal do art. 4º dos Decretos n.s 7.420/10 e 7.648/11, apenas as faltas graves praticadas pelo sentenciado nos últimos 12 (doze) meses que antecederam a publicação do ato presidencial impossibilitam a concessão da comutação da pena. Assim, é irrelevante a falta grave cometida em período diverso do estabelecido no decreto concessivo (precedentes).

V- A submissão do apenado a exame criminológico para fins de comutação da pena se afigura ilegal, uma vez tal requisito não está previsto no Decreto Presidencial.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida **de ofício** para restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu ao paciente a comutação de suas penas, nos termos dos Decretos Presidenciais n.s 7.420/2010 e 7.648/2011

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Busca-se, na presente impetração, em síntese, o restabelecimento da decisão de primeiro grau que concedeu ao Paciente a comutação de suas penas com base nos Decretos Presidenciais n.s 7.420/2010 e 7.648/2011.

A irresignação merece subsistir.

Inicialmente, insta consignar, que inexistente previsão legal para que se reinicie a contagem do tempo quando do cometimento de falta grave pelo condenado **para fins de concessão do benefício de comutação de penas**. Entender que, uma vez cometida tal falta, fica o detento obrigado a cumprir, novamente, o prazo necessário para a concessão do benefício, é criar requisito objetivo não previsto em lei.

Neste sentido, cito os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO APROPRIADO. DESCABIMENTO. COMUTAÇÃO DA PENA. PRÁTICA DE NOVO CRIME. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA COMUTAÇÃO PELO CONDENADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

[...]

2. A prática de novo crime no curso da execução caracteriza a prática de falta disciplinar de natureza grave.

3. O Decreto Presidencial nº 7.420/10 dispõe em seu artigo 4º que a concessão dos benefícios nele previstos fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, cometida nos últimos doze meses de cumprimento de pena, contados retroativamente à sua publicação. Crime cometido fora do prazo estipulado pelo Decreto.

*4. No julgamento do EREsp 1.176.486/SP, a Terceira Seção desta Corte uniformizou entendimento no sentido de que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios que dependam de lapso de tempo no desconto de pena, **salvo o livramento condicional e a comutação de pena.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Constrangimento ilegal configurado. [...] (HC 285.140/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 25/2/2014, grifei).*

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO Nº 6.706/2008. COMUTAÇÃO. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PRÁTICA FORA DO INTERSTÍCIO LEGAL. ÚLTIMOS DOZE MESES QUE ANTECEDEM A PUBLICAÇÃO DA NORMA. IRRELEVÂNCIA. PRAZO AQUISITIVO DO BENEFÍCIO. INTERRUPÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO.

1. Embora o Decreto nº 6.706/2008 condicione o direito à comutação de pena à inexistência de aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave, cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena que antecede a sua publicação, não faz qualquer referência à possibilidade de interrupção do lapso temporal para a concessão do benefício, em decorrência da prática de falta grave anterior a este interstício.

2. A interpretação extensiva das restrições contidas no decreto concessivo de comutação de penas consiste, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, em invasão à competência exclusiva do Presidente da República, motivo pelo qual, preenchidos os requisitos estabelecidos na norma legal para a concessão da comutação, o benefício deve ser concedido por meio de sentença de natureza declaratória, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

3. A prática de falta disciplinar de natureza grave não interrompe a contagem do prazo exigido à concessão do benefício da comutação de pena. Precedentes do STJ.

*4. Recurso ordinário em habeas corpus provido" (RHC 41.303/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 3/6/2014).*

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO VERGASTADO. INOCORRÊNCIA. (2) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (3) EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA OBTENÇÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA. ILEGALIDADE MANIFESTA (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado de ofício. Não é possível interromper-se o lapso temporal para concessão de livramento condicional, do indulto e da comutação de pena, em razão do cometimento de falta grave. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, ex



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

offício, para afastar a interrupção da contagem do lapso temporal para concessão do livramento condicional, do indulto e da comutação de penas" (HC 244.435/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/5/2014).

Nessa linha, consoante entendimento desta eg. Corte, o cometimento de falta grave não faz com que seja interrompido o prazo para fins de concessão da comutação, a não ser que o decreto concessivo estabeleça **expressamente** tal procedimento. A eg. Terceira Seção desta col. Corte, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.364.192/RS (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/9/2014), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que *"não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à **comutação de pena** ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos"* (REsp 1.364.192/RS, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 17/9/2014, grifei).

Deve-se destacar, ainda, que os Decretos 7.420/2010 e 7.648/2011 não trazem qualquer determinação neste ponto, conforme se observa do teor do art. 2º dos respectivos Decretos, **verbis**:

*"As pessoas condenadas à pena privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até **25 de dezembro de 2010**, tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou **um terço, se reincidentes**, e não preencham os requisitos deste Decreto para receber indulto, terão **comutada** a pena remanescente de um quarto, se não reincidentes, e de **um quinto, se reincidentes**, aferida na data acima mencionada"* (grifos no original).

*"As pessoas condenadas a pena privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2011, tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou **um terço, se reincidentes**, e não preencham os requisitos deste Decreto para receber indulto, terão comutada a pena remanescente de um quarto, se não reincidentes, e de **um quinto, se reincidentes**, aferida em **25 de dezembro de 2011**"* (grifos no original).

Já no que concerne ao **requisito subjetivo**, o art. 4º dos referidos **Decretos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 7.420, publicado em 31.12.2010 e n. 7.648, publicado em 22.12.2011, estabelecem, respectivamente:

*"Art. 4º A concessão dos benefícios previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, garantido o contraditório e a ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei nº 7.210, de 1984, cometida **nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação deste Decreto.**"*

*§ 1º A prática de falta grave após a publicação deste Decreto ou sem a devida apuração, nos termos do **caput**, não impede a obtenção dos benefícios previstos neste Decreto.*

§ 2º As restrições deste artigo não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos IX e X do art. 1º deste Decreto."

*"Art. 4º A concessão dos benefícios previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida **nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação deste Decreto.**"*

*§ 1º A prática de falta grave após a publicação deste Decreto ou sem a devida apuração nos termos do **caput** não impede a obtenção dos benefícios previstos neste Decreto.*

*§ 2º As restrições deste artigo não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos X e XI do **caput** do art. 1º."*

Pautou-se o ato presidencial, portanto, na necessidade de se verificar o mérito do apenado no **último ano** da execução da pena.

No caso dos autos, a r. decisão de primeira instância deferiu ao paciente a comutação de suas penas com base nos Decretos Presidenciais n.s 7.420/2010 e 7.648/2011, destacando que:

*"Quanto ao **mérito**, verifica-se que o reeducando também preenche o requisito objetivo necessário à concessão do pedido, visto que cumpriu - até 25.12.2011 - mais de 2/3 da pena do crime hediondo e mais de 1/3 do restante das penas que lhe foram impostas, **possuindo bom comportamento carcerário e demonstrando que vem assimilando a terapêutica penal.**"*

Observe-se, por oportuno, que o requerente não registra prática de falta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses de pena, contados retroativamente a partir da publicação do Decreto em exame, conforme dispõe em seu art. 4º.

De outra banda, não vinga a tese fundada na interrupção do período aquisitivo temporal em razão da prática de falta grave [...].

Por fim, ao revogar sua Tese 254 do Setor de Recursos Especiais afetos à Execução Criminal (cf., Aviso nº 402/2007 - DOE de 27.06.2007 - p.62), a própria Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo firmou a posição institucional do Ministério Público sobre o mérito da questão.

*Diante do exposto, INDEFIRO o pedido quanto aos Decretos 6993/06, 6294/07 e 6706/08 por ausência de requisito objetivo e **com fundamento no art. 2º, inciso I, do Decreto 7.420/10 e 7.648/11, COMUTO** o remanescente das penas privativas de liberdade impostas ao sentenciado, e como consequência determino a **REDUÇÃO EM 1/5 (UM QUINTO)** - com exceção do crime hediondo ou equiparado. Proceda-se nova liquidação de penas" (fls. 28-29, e-STJ, grifei).*

O v. acórdão do eg. Tribunal **a quo**, ao dar provimento ao recurso e cassar a r. decisão de primeira instância, por sua vez, deixou consignado que, **verbis**:

"Nos termos dos Decretos nº 7.420/2010 e 7.648/2011, a concessão do benefício pleiteado estava condicionada ao resgate de um terço (1/3) da pena relativa aos delitos comuns, até 25 de dezembro de 2010 e 25 de dezembro de 2011, posto que o sentenciado é reincidente, mais 2/3 da pena imposta pelo crime hediondo.

*Apesar de contar com atestado de bom comportamento carcerário, verifica-se que o agravante foi condenado por crimes gravíssimos, tais como homicídio, roubo majorado e tráfico de drogas, circunstância que _ aliada ao fato do sentenciado ostentar histórico prisional apontando a **prática de duas fugas**, sendo que a última foi cometida em 05/02/2009 e o cativo somente foi recapturado em 23/09/2009, quando da prisão em flagrante pela prática de roubo majorado _ **recomenda maior cautela na concessão de qualquer benefício.***

*A **prática de falta disciplinar de natureza grave**, mesmo depois do período mencionado no Decreto Presidencial, influi na aferição do mérito do cativo na concessão de concessão de futuros benefícios e, neste caso demonstra total ausência de mérito para a obtenção da benesse pretendida.*

*No que se refere à **interrupção do prazo para concessão do benefício** pelo cometimento de falta grave, embora me perfilhasse à corrente que entende não ter a falta disciplinar de natureza grave o condão de interromper o interstício aquisitivo da comutação, após aprofundada reflexão resolvi mudar meu posicionamento.*

***Como a conduta faltosa interfere no mérito do sentenciado, inegavelmente, reinicia o cômputo de novo período aquisitivo** para obtenção desse benefício.*

*E no caso em exame, ainda que se considere como **preenchido o requisito de ordem temporal**, posto que a falta grave cometida foi anterior ao prazo previsto nos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referidos Decretos, forçoso convir que a prática de falta grave denota **ausência de mérito do sentenciado**.

Entender de modo diverso gera um contrassenso, pois beneficia indevidamente o cativo que não ostenta mérito para progredir ao regime menos gravoso.

À vista disso **para que o sentenciado seja beneficiado com a comutação da pena**, além do preenchimento dos requisitos **estabelecidos no Decreto Presidencial, deverá também atender aos requisitos estabelecidos pela Lei de Execução Penal para a obtenção de benefícios**. Admitir que o cativo que se encontra segregado em regime fechado seja beneficiado com a comutação da pena, sem que demonstre assimilação da terapêutica penal que lhe vem sendo dispensada, carece de lógica, coerência e acarreta, em última análise, afronta ao princípio da razoabilidade.

[...]

Consubstancia entendimento predominante nesta Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal que para a concessão do indulto pleno ou parcial, é necessário que o sentenciado apresente mérito para ser agraciado com a benesse, o que demanda análise de seu comportamento durante todo o período de cumprimento da pena.

No caso dos autos, o agravado praticou delito de especial gravidade, de modo que razão assiste o Parquet quando pugna pela **realização de exame criminológico**, a fim de se avaliar de forma segura e eficaz a condição pessoal do sentenciado.

Apesar da Lei 10.792/2003 ter dado nova redação ao artigo 112 da lei de Execuções Penais, afastando a obrigatoriedade da realização de exame criminológico para a concessão do benefício de progressão de regime, o mesmo deve ser realizado sempre que o magistrado julgar cabível em face das circunstâncias particulares do caso. Sendo especialmente necessário em se tratando de crime cometido com violência ou grave ameaça, ou ainda quando o agente demonstrar uma elevada periculosidade na execução do crime, conforme o entendimento firmado por esta Colenda Quinta Câmara de Direito Criminal.

[...]

Assim, com o devido respeito ao entendimento do M.M. juízo a quo, a r. decisão não pode prevalecer, vez que não há dos autos prova cabal que demonstre que o recorrido se revela apto para ser agraciado com benesse de tamanha amplitude.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo para cassar a decisão recorrida, devendo ser extirpado do cálculo de liquidação de penas o período comutado, e determinar que o sentenciado **WASHINGTON CONCEIÇÃO BOTELHO CABRAL seja submetido a exame criminológico**" (fls. 56-62).

No caso dos autos, consoante destacou o Magistrado de primeiro grau, o sentenciado, ora paciente, **"não registra prática de falta disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses de pena, contados retroativamente a partir da publicação do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decreto em exame" (fl. 28-29, e-STJ).

Desse modo, de se concluir que o eg. Tribunal de origem, ao exigir o preenchimento de requisitos não previstos expressamente no Decreto Presidencial - "***deverá também atender aos requisitos estabelecidos pela Lei de Execução Penal***" e que "***seja submetido a exame criminológico***" - impôs requisitos não estabelecidos no Decreto Presidencial, o que constitui-se em flagrante ilegalidade, porquanto é vedado ao Poder Judiciário estabelecer requisitos diversos dos previstos no decreto presidencial.

Consoante entendimento desta Corte, "***A submissão do condenado a exame criminológico para fins de comutação de penas se afigura ilegal, porque estabelece nova condição não prevista no Decreto Presidencial***" (HC 249.357/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 23/11/2012, grifei).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. [...] EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DA PENA. DEFERIMENTO PELO MAGISTRADO SINGULAR. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PELA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. FALTA GRAVE COMETIDA APÓS O PERÍODO DE DOZE MESES PREVISTO NO DECRETO N. 7.873/2012. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE OBSTAR A ADMISSÃO DA BENESSE. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, as faltas graves cometidas após a publicação do Decreto Presidencial não podem ser utilizadas para justificar o indeferimento da comutação de pena, porquanto não é dado ao Poder Judiciário estabelecer condições não previstas na aludida norma para conceder benefícios nela definidos, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Presidente da República no art. 84, inciso XII, da Constituição Federal.

2. O Decreto n. 7.873/2012 somente exige, para o deferimento da benesse mencionada, no que se refere ao requisito subjetivo, a inexistência de falta grave nos últimos doze meses anteriores à sua publicação, condição preenchida na espécie.

3. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para cassar o acórdão objurgado, restabelecendo-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*decisão singular que deferiu ao paciente o pedido de comutação formulado com base no Decreto n. 7.873/2012" (HC 295.420/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 30/9/2014).*

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENAS. DECRETO N. 7.648/2011. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE EM FALTAS DISCIPLINARES PRATICADAS FORA DO PERÍODO EXIGIDO NO DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, RATIFICADA A LIMINAR.

[...]

2. No caso, o benefício da comutação de penas deferido pelo Juízo das Execuções Penais foi cassado pelo Tribunal de origem com base em faltas disciplinares praticadas fora do período exigido no Decreto Presidencial n. 7.648/2011. Desse modo, a Corte bandeirante, na medida em que impôs requisitos não estabelecidos no Decreto Presidencial, cuja elaboração é da competência discricionária e exclusiva do Presidente da República, a teor do art. 84, XII, da Constituição Federal, violou de forma manifesta o princípio da legalidade, situação que caracteriza evidente constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão excepcional de habeas corpus de ofício.

*3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, ratificando-se a liminar anteriormente deferida, a fim de cassar o acórdão proferido no julgamento do Agravo em Execução nº 0063401-22.2013.8.26.0000 e restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu a comutação de penas ao paciente com base no Decreto Presidencial n. 7.648/2011" (HC 282.683/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 2/4/2014).*

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. COMUTAÇÃO DA PENA. DECRETO Nº 7.648/11. PRÁTICA DE FALTA GRAVE FORA DO PERÍODO AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não tendo o recorrente cometido falta grave nos doze meses que antecederam a publicação do decreto concessivo de comutação, conforme disposição expressa no respectivo édito, está configurado o constrangimento ilegal, por violação ao princípio constitucional da legalidade, se o decisum considerou, para indeferir o benefício, infração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disciplinar praticada em data anterior ao período de prova.

2. *Recurso provido para conceder o benefício da comutação das penas, nos moldes delineados pelo Decreto nº 7.648/11" (RHC 42.435/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 25/2/2014).*

Desse modo, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a r. decisão do Juízo de primeiro grau que concedeu ao paciente a comutação de suas penas, nos termos dos Decretos Presidenciais nº 7.420/2010 e 7.648/2011.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0335225-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.085 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01499368520128260000 1499368520128260000 20120000508984 488734

EM MESA

JULGADO: 30/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRE MORAES CASTANHO
ADVOGADO : ANDRÉ MORAES CASTANHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WASHINGTON CONCEICAO BOTELHO CABRAL (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.