



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.014 - SP (2011/0290819-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA  
CONVOCADA DO TJ/SE)  
IMPETRANTE : IVAN REIS DOS SANTOS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : IVAN REIS DOS SANTOS (PRESO)  
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. COMETIMENTO FORA DO PRAZO PREVISTO NO DECRETO Nº 7.049/2009. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– O Decreto 7.049/09 exige, para obtenção da comutação da pena, que o condenado não tenha registro de falta grave no período dos últimos doze meses contados da publicação deste Decreto.

– *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções aprecie o pedido de comutação da pena sem considerar a falta grave cometida fora do período do Decreto 7.049/2009.

### 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de maio de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 227.014 - SP (2011/0290819-0)**

**RELATORA** : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA  
CONVOCADA DO TJ/SE)  
**IMPETRANTE** : IVAN REIS DOS SANTOS  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : IVAN REIS DOS SANTOS (PRESO)  
**ADVOGADO** : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA  
UNIÃO

### RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA  
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de IVAN REIS DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta que, nos autos da Execução nº 484.716, o paciente teve seu pedido de comutação das penas deferido pelo M.M. Juiz da 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Bauru, com base no Decreto nº 7.046/2009. Contra a decisão, o *Parquet* interpôs agravo em execução que foi provido pelo Tribunal *a quo*.

Entende o impetrante que o decisório guerreado deve ser cassado, pois revogou o aludido benefício fundado apenas na gravidade genérica dos delitos praticados, na longevidade da pena e nas anotações de falta grave cometidas anteriormente aos últimos dozes meses da publicação do édito, o que não se admite pela jurisprudência desta Corte. Acrescenta, ainda, que tampouco se exige a aferição do requisito subjetivo mediante exame criminológico.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão hostilizado e, no mérito, a procedência do pedido para se conceder a ordem a fim de se recuperar a comutação concedida.

Liminar indeferida e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem (fls. 60/62).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.014 - SP (2011/0290819-0)

### VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):**

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. *Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).*

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.*

*4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

*5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).*

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio e passo a analisar se é o caso de concessão da ordem de ofício.

A presente impetração busca a comutação da pena em vista do paciente ter preenchido os requisitos do Decreto nº 7.046/2009, que, em seus artigos 2º e 4º, dispõe:

*Art. 2º As pessoas condenadas à pena privativa de liberdade, não beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2009, 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, salvo se o período de pena já cumprido, descontadas as comutações anteriores, for superior ao remanescente, hipótese em que o cálculo será feito sobre o período de pena já cumprido até 25 de dezembro de 2009.*

*Art. 4º A concessão dos benefícios deste 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.*

O Tribunal de origem, ao reformar a decisão de primeiro grau, consignou o seguinte (fls. 99/102):

*Também não se pode ignorar que o sentenciado foi levado ao cárcere justamente porque praticou roubos, infrações que impõem trauma de difícil ou até mesmo impossível reparação, circunstância apta a reforçar a índole violenta do agente, sob pena de se conferir sentimento de impunidade e incentivo à criminalidade, isso sem se ignorar a falta grave observada durante o tempo de cárcere.*

A Terceira Seção deste Tribunal Superior, no julgamento do EREsp



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.176.486/SP, uniformizou o entendimento de que o cometimento de falta grave no curso da execução enseja a interrupção do lapso temporal para a concessão de novos benefícios, exceto para o caso de livramento condicional e comutação de pena. O acórdão foi assim ementado:

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.**

**1. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.**

2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.

3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento (DJU 12.05.2006).

5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional. (EREsp 1.176.486/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe de 1º.6.2012).

Logo, o benefício da comutação da pena é uma das exceções na qual não é possível ser considerada a falta grave para fins de sua concessão, salvo quando houver



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exceção expressa em Decreto. Dessa forma, constata-se flagrante ilegalidade do acórdão do Tribunal de origem que reformou a decisão de primeiro grau, uma vez que levou em consideração a falta grave praticada fora do período previsto no Decreto 7.046/2009, bem como a gravidade abstrata do delito, retirando um benefício concedido por lei ao paciente.

Assim, o Decreto 7.046/2009, com base na qual foi concedida a comutação das penas do paciente, apenas exige, para obtenção do benefício, que o condenado não tenha registro de falta grave no período dos últimos doze meses contados da publicação deste Decreto.

Resta inegável, portanto, a ocorrência de constrangimento ilegal pois, na hipótese, o reeducando preenche os requisitos para a obtenção do benefício, visto que não praticou falta grave no período abrangido pelo referido Decreto, conforme constata-se das informações prestadas (fls. 46/55).

Sobre a questão, confirmam-se os seguintes julgados:

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. 3. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO Nº 7.046/2009. COMUTACÃO DE PENA. AVALIAÇÕES PARA CARACTERIZAR AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 8.072/1990. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.*

*Precedentes.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

**3. O Tribunal a quo cassou a decisão que deferiu o pedido de comutação por entender que a prática de falta grave, fora do período previsto no Decreto Presidencial, pode ser utilizada para caracterizar a ausência dos requisitos objetivo e subjetivo.**

**4. Para esta Corte Superior, o cometimento de falta grave antes do prazo previsto no Decreto Presidencial não autoriza o indeferimento da comutação por ausência do requisito subjetivo, sob pena de manifesta afronta ao princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal), na medida em que impõe requisito não estabelecido no referido decreto, cuja elaboração é da competência discricionária e exclusiva do Presidente da República, a teor do art. 84, XII, da Constituição Federal.**

5. Muito embora o ora paciente ostente condenação por crime hediondo - latrocínio - o delito foi cometido antes da edição da Lei nº 8.072/1990, o que, nos termos do art. 8º, II, do aludido decreto, não impede a concessão do benefício.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão proferida pelo Juiz das Execuções que concedeu o benefício de comutação de pena com base no Decreto Presidencial n.º 7.046/2009. (HC 244.214/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 19/10/2012).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. COMUTAÇÃO. DECRETO PRESIDENCIAL N. 5.620/05. FALTA DISCIPLINAR GRAVE PRATICADA FORA DO PERÍODO EXIGIDO NO DECRETO. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. No presente feito, o paciente não cometeu falta grave nos doze meses anteriores à publicação do Decreto n. 5.620/05, ressaltando o Tribunal a quo que o sentenciado praticou falta grave fora do período exigido, o que foi levado em consideração para o desprovimento do agravo em execução.

II. A falta grave atribuída ao condenado, praticada em 22.7.2004, não é causa impeditiva para a comutação de pena, por estar fora do período definido no Decreto Presidencial.

III. Nos termos da jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte, a prática de falta grave não acarreta a interrupção do prazo para a obtenção do livramento condicional, nos termos da Súmula n. 441/STJ, do indulto e da comutação da pena, salvo se houver expressa previsão no Decreto Presidencial que concede o benefício.

IV. Deve o Juízo das Execuções Penais reavaliar as condições



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*necessárias à concessão da comutação de pena, desconsiderando as faltas graves cometidas fora do período exigido pelo Decreto.*

*V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 215.604/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 20/6/2012).*

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO DA BENESSE. REQUISITO NÃO PREVISTO NOS DECRETOS PRESIDENCIAIS. FALTA GRAVE. COMETIMENTO FORA DO PRAZO PREVISTO NOS DECRETOS 5620/2005 e 6706/2008. INTERRUPTÃO DO LAPSO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ART. 88 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

*1. Os decretos presidenciais que embasaram o pedido da defesa estabelecem que a comutação fica subordinada à constatação de inexistência de falta grave nos últimos doze meses de cumprimento de pena, contados retroativamente às respectivas publicações.*

*2. O cometimento de falta grave fora do prazo previsto nas normas presidenciais não obsta a concessão do benefício, visto que não interrompe o lapso temporal para sua aquisição.*

*3. Fere o princípio da legalidade fundamental a vedação da comutação da pena em requisitos não previstos no decreto presidencial, visto que os pressupostos para a concessão do benefício são da competência privativa do Presidente da República.*

*4. Na aferição do requisito objetivo, observou-se o disposto no art. 88 do Código Penal.*

*5. Ordem concedida em parte para cassar o acórdão impugnado e deferir a comutação da pena com base nos Decretos 5620/2005 e 6706/2008. (HC 205.328/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/2/2013).*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar que o Juízo da Vara de Execuções aprecie o pedido de comutação da pena sem considerar a falta grave cometida fora do período do Decreto 7.046/2009.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0290819-0

**HC 227.014 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 111233 484716 5168217620108260000 736596

EM MESA

JULGADO: 02/05/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : IVAN REIS DOS SANTOS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : IVAN REIS DOS SANTOS (PRESO)  
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.