



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.838 - SP (2009/0237818-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : WANDERLEY ABRAHAM JUBRAM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARISTEU DE OLIVEIRA PIRES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE TODOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. DESNECESSIDADE. NULIDADE NÃO VERIFICADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 713 DO STF. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO, COM FUNDAMENTO EXCLUSIVO NO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO HC 111.840/ES. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. O presente **Habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V . Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

VI. Hipótese em que, na fase de contrariedade ao libelo, o advogado constituído, intimado, deixou transcorrer o prazo **in albis**. Intimado para constituir novo defensor, o paciente quedou-se inerte, sendo-lhe nomeado defensor dativo, apesar da existência de outro advogado constituído nos autos.

VII. Não sendo a questão submetida, em sede de apelação, à apreciação do Tribunal **a quo**, o seu exame esbarra na Súmula 713 do STF, segundo a qual "o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

VIII. Ademais, "a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo substabelecimento com reserva de poderes, é válida a intimação de qualquer dos causídicos – substabelecendo ou substabelecido –, desde que não haja pedido expresse de intimação exclusiva" (STJ, HC 129.748/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012) .

IX. A questão concernente ao regime inicial de cumprimento da pena reclusiva foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/2007, sendo afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672 do STF.

X. Afastada a obrigatoriedade legal de regime inicial fechado, para os crimes hediondos e assemelhados, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

XI. **Habeas corpus** não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a disposição do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, o Juízo das Execuções reavalie o regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus, mas conceder ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.838 - SP (2009/0237818-7)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de ARISTEU DE OLIVEIRA PIRES – condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, do Código Penal –, contra acórdão proferido pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo do paciente, mantendo a sentença condenatória.

Sustenta o impetrante, em síntese, nulidade do processo, por cerceamento de defesa. Aduz que, não obstante a existência de dois defensores constituídos nos autos – os advogados Fábio Regino Sacco e Alex Vendrameto Martins (o último substabelecido, com reserva de poderes) –, somente Fábio Regino Sacco foi intimado, na fase de contrariedade ao libelo, o qual deixou transcorrer, **in albis**, o prazo recursal. Intimado para constituir novo defensor, o paciente quedou-se inerte, sendo-lhe nomeado defensor dativo, apesar da existência de outro advogado constituído nos autos.

Alega, outrossim, que, na lição de Guilherme de Souza Nucci, a escolha de defensor da confiança do réu é direito inafastável do acusado, com fundamento no princípio da ampla defesa. Por tal motivo, requer a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, a partir da fase de contrariedade ao libelo.

Sustenta, ainda, ofensa ao princípio da individualização da pena, em virtude da fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, uma vez que o paciente é primário e possui bons antecedentes, fazendo **jus** ao regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Requer, por tais motivos, o deferimento do pedido de liminar, para determinar a expedição de contramandado de prisão, em favor do paciente, até o julgamento definitivo do presente **writ**, e, no mérito, a concessão da ordem, para declarar a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, ou, subsidiariamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fixar o regime inicial aberto, para cumprimento da pena de reclusão.

A liminar e o pedido de reconsideração foram indeferidos, pelo então Relator, Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE) (fls. 466e e 552e).

As informações foram prestadas, pela autoridade apontada como coatora (fls. 475/513e e 525/539e)

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República, no exercício das funções de Subprocurador-Geral da República, MAURÍCIO AZEVEDO GONÇALVES, opinou pela concessão da ordem, quanto ao regime inicial de cumprimento da pena reclusiva (fls.314/317e).

Solicitadas informações pelo Supremo Tribunal Federal, para instruir os autos da Reclamação 14.587/SP, foram por mim prestadas, em 25/10/2012 (fls. 592/593e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.838 - SP (2009/0237818-7)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):

Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a recurso especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, em sede de apelação, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88, o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus**, portanto, não se insere o uso do remédio constitucional para substituir o recurso ordinário, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado, recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, maioria, DJe de 11/09/2012), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado pelo Informativo 674:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"*HABEAS CORPUS* – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*.

PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las" (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/08/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Min. ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

In casu, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

“E M E N T A: **PROTESTO JUDICIAL** FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA **DESTITUÍDA** DE CARÁTER PENAL (**CPC**, ART. 867) - **AUSÊNCIA** DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - **NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL**.

- **As medidas cautelares** a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal.

Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito**

estrito a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravasem** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Precedentes.

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridades, que, **em matéria penal** (CF, art. 102, I, **b e c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, **d**). **Precedentes.**”

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. **O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão de recurso ordinário**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno 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.”

Ex positis, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem, nego seguimento ao *writ*, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90”.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, **in verbis**:

“Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do habeas corpus.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o ‘habeas-corpus’, o mandado de segurança, o ‘habeas-data’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, “o ***habeas corpus*** substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de *Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*” (HC nº 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea “a” da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do ***habeas corpus*** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, **entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus**”.

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de se cumprirem as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do ***habeas corpus***, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL À HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

X. Ordem denegada" (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. *In casu*, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta". (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).

O presente **Habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, não merece, pois, ser conhecido.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

No caso, pretende o impetrante a declaração da nulidade do processo, por cerceamento de defesa, a partir da fase de contrariedade ao libelo, ou, subsidiariamente, a fixação do regime aberto, para início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Consta dos autos que, por fatos ocorridos em 15/09/2001, o paciente foi submetido a julgamento, perante o Tribunal do Júri, sendo condenado à pena de 04 (quatro) de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 121, 2º, II, c/c 14, II, ambos do Código Penal (fls. 250/252e).

A dosimetria da pena restou assim fixada, pelo Juiz de 1º Grau:

"Considerando os critérios do art. 59 do Código Penal, mais precisamente a normalidade da conduta da espécie e a primariedade do acusado, fixo a pena-base em doze anos de reclusão.

Deixo de levar em conta a atenuante reconhecida pelo Conselho de Sentença, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na terceira fase da confecção da pena, por se tratar de crime na modalidade tentada, diminuo-a do máximo, uma vez que o acusado, que é primário e não ostenta antecedente criminal, não conseguiu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acertar a vítima, passando a totalizar quatro anos de reclusão, que a torne definitiva, ante a ausência de outras incidências.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal, para condenar o acusado ARISTEU DE OLIVEIRA PIRES, qualificado nos autos, à pena de quatro anos de reclusão, por infração ao disposto no art. 121, 2º, II, cc 14, II, ambos do Código penal" (fl. 251e).

Em sede de apelação, a defesa requereu a desclassificação para o delito previsto no art. 132 do Código Penal, em razão da ausência de **animus necandi** da conduta, ou, subsidiariamente, o afastamento da qualificadora por motivo fútil, ao argumento de que a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos.

No presente **writ**, a impetrante pretende a declaração da nulidade do processo, por cerceamento de defesa, a partir da fase de contrariedade ao libelo. Contudo, o reconhecimento da aludida nulidade esbarra no preceituado pela Súmula 713 do STF, segundo a qual "o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DOSIMETRIA DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a

bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a formulação de habeas corpus em substituição ao recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. Não há ilegalidade flagrante no tocante à tese de nulidade processual, eis que o Tribunal de origem deixou certo que os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurados

optaram por uma das versões contidas nos autos, não havendo qualquer usurpação de competência.

4. A pretensão de reduzir a pena imposta não pode ser apreciada por esta Corte, pois não foi objeto da apelação, vedada a supressão de instância. Cabe destacar o efeito restrito da apelação interposta no âmbito do Tribunal do Júri, a teor da Súmula nº 713 do Supremo Tribunal Federal.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, no mais, denegado" (STJ, HC 170.712/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/06/2012).

"HABEAS CORPUS . HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS (TENTATIVA). ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA NO PACIENTE, PARA VERIFICAR POSSÍVEL INIMPUTABILIDADE. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA EM MOMENTO ALGUM. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com a Súmula 713 do STF, o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

2. No caso, a partir da leitura dos autos, desponha claro que a matéria agitada no presente habeas corpus não foi submetida ao crivo da instância ordinária.

3. De se ver que as alegações defensivas contidas na pronúncia, no plenário do júri, nas razões de apelação ou mesmo na ação revisional não contemplam o tema agora veiculado.

4. Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 62.874/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 18/04/2012).

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS PELA SURPRESA. ALEGADA NULIDADE PELO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE SEM QUESITAÇÃO AO JÚRI. QUESTÃO NÃO DEBATIDA PELA CORTE ORIGINÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 713 DO STF. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA O EXAME DA TESE DEFENSIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da sustentada ilegalidade referente à alegada nulidade do julgamento popular, ante a não submissão da agravante do motivo torpe ao corpo de jurados, tendo em vista que essa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria não foi examinada pelo Tribunal de origem, até porque não requerido nas razões recursais, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Em razão das peculiaridades das quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal é restrito aos fundamentos da sua interposição. Súmula 713/STF.

(...)

3. Ordem denegada" (STJ, HC 157.313/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe de 10/05/2012).

Ainda que assim não fosse, bem assevera a PGR:

"Não obstante esse óbice, ressaltam-se os fatos ocorridos durante a instrução criminal. O advogado constituído pelo ora paciente, Dr. Fábio Regino Sacco, substabeleceu, com reserva de poderes, a dois outros profissionais, sendo que, posteriormente, um desses advogados substabelecidos renunciou ao mandato. Contudo, no momento da realização da intimação para apresentação da contrariedade ao libelo, esta foi realizada somente em nome do Dr. Fábio Regino Sacco, e não em nome do advogado substabelecido que permaneceu no feito.

Insta salientar que o substabelecimento foi feito 'com reservas de poderes' (fl. 125), fato este que importa na manutenção do Dr. Fábio Regino Sacco como patrono da causa. Diante desse cenário, a intimação de apresentação da contrariedade ao libelo feita em nome do Dr. Fábio é válida e não pode fundamentar eventual pedido de nulidade ante cerceamento de defesa. Esse é o entendimento desse eg. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ADVOGADO SUBSTABELECIDO COM RESERVA DE PODERES. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DATA DESIGNADA PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UM DEFENSOR CONSTITUÍDO.

I - Estando os réus representados por mais de um advogado, basta, em regra, que a intimação seja realizada em nome de um deles para a validade dos atos processuais, ressalvando-se a hipótese de designação prévia, substabelecimento sem reserva de poderes ou requerimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expresso para que as intimações se façam em nome de determinado patrono, o que não se verificou na hipótese em exame.

II - Não há que se falar em cerceamento de defesa capaz de nulificar o julgamento da apelação criminal interposta em favor dos pacientes, por ausência de intimação do advogado substabelecido, com reserva de poderes, da data designada para o julgamento do recurso, se houve regular intimação do antigo defensor, que atuou durante todo o processo e continuou patrocinando a defesa dos pacientes, interpondo, inclusive, recurso especial em favor dos mesmos.

Writ indeferido. (STJ, HC 23848/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 356)" (fls. 518/520e).

De fato, "a jurisprudência desta Corte é pacífica, no sentido de que, havendo substabelecimento, com reserva de poderes, é válida a intimação de qualquer dos causídicos – substabelecente ou substabelecido –, desde que não haja pedido expresso de intimação exclusiva" (STJ, HC 129.748/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

Ademais, o próprio impetrante esclarece que a contrariedade ao libelo – que deixou de apresentar, apesar de intimado – é irrelevante (fl. 6e), não havendo que se decretar nulidade, se não demonstrado prejuízo à defesa.

No que se refere ao pedido subsidiário, de fixação do regime aberto, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, melhor sorte assiste ao impetrante.

A questão concernente ao regime inicial de cumprimento da pena reclusiva foi objeto de julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 111.840/ES, em 27/06/2012, ocasião em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/2007, sendo afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, nos termos do Informativo 672 do STF, **in verbis**:

"É inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 ("Art. 2º Os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: ...

§ 1º. *A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*"). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, deferiu *habeas corpus* com a finalidade de alterar para semiaberto o regime inicial de pena do paciente, o qual fora condenado por tráfico de drogas com reprimenda inferior a 8 anos de reclusão e regime inicialmente fechado, por força da Lei 11.464/2007, que instituíra a obrigatoriedade de imposição desse regime a crimes hediondos e assemelhados – v. Informativo 670. Destacou-se que a fixação do regime inicial fechado se dera exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou-se que não se teriam constatado requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Ressaltou-se que, assim como no caso da vedação legal à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo delito de tráfico – já declarada inconstitucional pelo STF –, a definição de regime deveria sempre ser analisada independentemente da natureza da infração. Ademais, seria imperioso aferir os critérios, de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo garantido constitucionalmente ao indivíduo. Consignou-se que a Constituição contemplaria as restrições a serem impostas aos incursos em dispositivos da Lei 8.072/90, e dentre elas não se encontraria a obrigatoriedade de imposição de regime extremo para início de cumprimento de pena. Salientou-se que o art. 5º, XLIII, da CF, afastaria somente a fiança, a graça e a anistia, para, no inciso XLVI, assegurar, de forma abrangente, a individualização da pena. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que denegavam a ordem. **HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012 (HC-111840)**".

Esse entendimento passou a ser adotado pelas Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, como se vê:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto as instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a natureza, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

3. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedicava a atividades criminosas, não incide ao referido redutor, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. In casu, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos e 8 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a concessão do sursis.

6. In casu, a negativa de abrandamento do regime inicial baseou-se, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

7. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não analisou os elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, negando a modificação de regime, apenas em atenção ao disposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.464/07).

8. Ordem parcialmente concedida, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena" (STJ, HC 217.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe de 27/08/2012).

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO AFASTADA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. PENA ABAIXO DE 04 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante no dia 12 de julho de 2010, por portar 01 invólucro contendo cocaína, bem como manter em depósito mais 47 invólucros da mesma droga e 50 porções de crack.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Não existe razão para negar ao Paciente, primário e de bons antecedentes, o regime inicial semiaberto, devendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso concreto, afastar somente o regime inicial aberto, também cabível em tese, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de pena aplicada.

5. Sendo valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais do caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não se mostra recomendável, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (STJ, HC 240.865/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012).

Nesse contexto, afastada a obrigatoriedade legal de regime inicial fechado, para os crimes hediondos e assemelhados, em face da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, deve o julgador, quando da aplicação das penas, observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c/c o art. 59 do Código Penal, ao fixar o regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

Na espécie, constata-se, da leitura da sentença – e do acórdão que a confirmou –, que o regime inicial fechado foi estabelecido com base, unicamente, na disposição do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, por se tratar de crime considerado hediondo (fls. 251e e 323e), o que, conforme a atual jurisprudência do STF e desta Corte, não se admite.

Afastadas as disposições do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, quanto à fixação de regime prisional inicial, deve o Juízo das Execuções reavaliar o regime prisional inicial do paciente, em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme andamento processual constante do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, não conheço do **Habeas corpus**. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para que, afastada a disposição do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na redação da Lei 11.464/2007, o Juízo das Execuções reavalie o regime prisional inicial do paciente, à luz do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Após o julgamento, encaminhe-se imediatamente cópia do inteiro teor do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão ao eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Relator, no STF, da Reclamação 14.587/SP, em face da determinação, por ele proferida, nos autos do HC 111.171/DF (fls. 586/587e).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0237818-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 155.838 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1082004

11443093

2690120020158050

4914053

7702002

993070365340

EM MESA

JULGADO: 07/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WANDERLEY ABRAHAM JUBRAM

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ARISTEU DE OLIVEIRA PIRES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus, mas concedeu ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.