



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.783 - SP (2010/0015872-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARINA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURO APARECIDO RAMOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. EXCESSIVA MAJORAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.
2. 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.
3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).
5. Os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta majoritariamente por juízes de primeiro grau não são nulos, eis que não violam o princípio do juiz natural. Ressalva do entendimento da relatora.
6. A fixação do regime inicial diverso do fechado e a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos não se mostra possível, visto a estipulação da pena-base acima do mínimo legal e a configuração da reincidência do paciente.
7. *In casu*, existe manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois os acréscimos pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis e pela agravante da reincidência devem ser minorados, porquanto apresentam-se desarrazoados, com fulcro no princípio da proporcionalidade.
8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena imposta ao paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, que ressaltou entendimento pessoal." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 07 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.783 - SP (2010/0015872-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARINA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURO APARECIDO RAMOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURO APARECIDO RAMOS, apontando-se como autoridade coatora a 5.^a Câmara Criminal "D" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.08.006726-5)

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 155, *caput*, c.c o artigo 14, inciso II e artigo 61, inciso I, todos Código Penal.

Contra essa decisão, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso.

Adveio, então, este *writ*, no qual alega o impetrante que o acórdão é nulo, porquanto foi proferido por Turma Recursal formada por juízes de primeira instância.

Afirma que, ao criar-se referidas Turmas Recursais por determinação da Presidência do Tribunal, afrontou-se o Princípio do Juiz Natural e a vedação à criação de tribunal de exceção.

Ressalta que o exercício do duplo grau de jurisdição busca o julgamento por juízes de maior experiência, com anos de carreira, não podendo o Tribunal colocar juízes para julgar no lugar de desembargadores.

Insurge-se, ademais, contra o regime de cumprimento de pena fechado, estabelecido com base na gravidade em abstrato do delito, inobservando a quantidade da pena e primariedade do paciente, atenta contra o artigo 5.º, inciso LXVI, da Carta Política.

Assere que deve ser fixado o regime inicial aberto, devendo ser substituída a reprimenda, de acordo com o previsto no art. 44 do CP.

Requer, liminarmente e no mérito, a anulação do acórdão ora atacado, "bem como a fixação do regime aberto com a consequente substituição por restritiva de direitos, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente" (fls. 6/7).

O pedido liminar foi deferido às fls. 28/29, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 39/59, destacando-se,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dentre o noticiado, o seguinte (fl. 40):

"(...)

Consigno que a Egrégia Presidência deste Tribunal convocou o Juiz de Direito Auxiliar José Luiz de Jesus Vieira e o Juiz de Direito Titular Lauro Mens de Mello, designando-os nos termos da publicação disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 18 de março de 2008, para integrarem a Quinta Câmara de Direito Criminal 'D', a qual procedeu ao julgamento do apelo em referência sob a presidência do Desembargador Luis Soares de Mello Neto.

Acrescento, outrossim, que o Excelso Supremo Tribunal Federal em *decisum* proferido em 08 de abril do corrente ano, nos autos do *Habeas Corpus* n.º 96.821, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, denegou ordem impetrada em favor de outro paciente com o mesmo objetivo da presente."

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Cláudia Marques (fls. 62/67), pela denegação da ordem.

Notícias acostadas aos autos dão conta de que o paciente cumpriu a pena relativamente à condenação anteriormente imposta (fls. 70/71), estando ainda pendente o cumprimento da sanção quanto à ação penal em voga (fl. 73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 160.783 - SP (2010/0015872-3)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. EXCESSIVA MAJORAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.
2. 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.
3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).
5. Os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta majoritariamente por juízes de primeiro grau não são nulos, eis que não violam o princípio do juiz natural. Ressalva do entendimento da relatora.
6. A fixação do regime inicial diverso do fechado e a substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos não se mostra possível, visto a estipulação da pena-base acima do mínimo legal e a configuração da reincidência do paciente.
7. *In casu*, existe manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da pena, pois os acréscimos pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis e pela agravante da reincidência devem ser minorados, porquanto apresentam-se desarrazoados, com fulcro no princípio da proporcionalidade.
8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena imposta ao paciente

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

A questão trazida a deslinde abarca a análise de eventual nulidade por julgamento prolatado por Câmara composta majoritariamente por juízes de primeiro grau, bem como a possibilidade da fixação do regime inicial aberto e da substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos. Nesse âmbito, confira-se o dito pelo Magistrado de primeiro grau ao prolatar a sentença condenatória (fls. 12/13):

"(...)

As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao agente, o qual denotou personalidade voltada à delinquência patrimonial, sua real fonte de subsistência (fls. 28/30, 42/49, 110 e 114). As conseqüências dos constantes furtos de cabos de cobre das redes elétricas e de telefonia têm acarretado prejuízos funestos à população. Por tais razões, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Não existem atenuantes.

A condenação certificada a fls. 113, não considerada na fase do art. 59 do CP, caracteriza a reincidência técnica específica do agente. Face a agravante do art. 61, inc. I, do CP, aumento a reprimenda para 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Quanto ao montante da redução pela forma tentada da infração, consigno que o acusado por pouco não exauriu a consumação do injusto penal: com ferramental e conhecimento para o cometimento do tipo de crime no qual se especializou, removeu a tampa do posto de inspeção, fazendo-se passar por um prestador de serviços (vide foto de fls. 67); passou a seccionar vários metros de cabos elétricos; não satisfeito, ingressou na câmara transformadora e passou a desconectar outro cabo (cf. fls. 64/70); segundo a testemunha Joseino, o corte dos cabos causou prejuízo ao fornecimento de energia aos imóveis da rua e a 'Eletropaulo' teve que refazer diversas ligações (fls. 95). Evidente que o agente, na sua esfera de atuação, praticante exauriu os atos executórios.

Levando em conta o considerável 'iter criminis' transposto pelo acusado, reduzo em 1/3 (um terço) a sanção de 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, o que perfaz em definitivo, o montante de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu MAURO APARECIDO RAMOS, vulgo 'Barba', ao cumprimento de 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 155, 'caput', c.c. artigo 14, inciso II, na forma do artigo 61, inciso I, todos do Código Penal.

Não é a hipótese, face ao princípio da suficiência, de se aplicarem os substitutivos penais (CP, art. 44), se conceder 'sursis' (CP, art. 77) ou benesses correlatas. Referidos benefícios significariam a impunidade neste caso concreto.

Medidas despenalizadoras seriam insuficientes para contê-lo ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ajustá-lo aos padrões de sociabilidade. O encarceramento se mostra como necessário para a cabal reprovação e prevenção do crime cometido.

Por tais razões e diante do histórico de vida do sentenciado, o qual denotou personalidade voltada à delinquência patrimonial, aliado ao fato de ser reincidente técnico, impõe-se o estabelecimento do regime prisional fechado para o início do cumprimento da sanção corporal.

(...)"

Por sua vez, o acórdão objurgado foi assim fundamentado, no que interessa (fl. 47):

"(...)

A pena-base foi exasperada para dois anos, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (diversas reiteraões criminosas), assim como pela condição de reincidente, para três anos, e houve a redução de um terço pela tentativa, em observância ao *iter criminis*, o que denota a justeza da subsunção do fato à norma, feita pelo Digno MM. Juiz *a quo*.

Por todo o exposto, meu voto NEGA PROVIMENTO ao recurso de apelação interposta pelas Defesas e mantém na íntegra a sentença de primeiro grau."

Em um primeiro momento, destaque-se a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

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.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir éditos condenatórios já transitados em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo *habeas corpus* somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator."

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O *habeas corpus* não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do *habeas corpus*, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, *in casu*, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ordem não conhecida."

(HC 160.538/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o *habeas corpus* seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. *Writ* não conhecido."

(HC 201.171/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE *WRIT* PERANTE A CORTE A *QUO*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o *habeas corpus* não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, 'a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu.' (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do *habeas corpus* originário, como entender de direito."

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE *WRIT*. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do *writ* em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do *mandamus* não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. *Habeas corpus* não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais."

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

"*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de *habeas corpus* pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do *habeas corpus*."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na espécie, observa-se que, após o julgamento do apelo defensivo, a defesa não interpôs recurso especial ou mesmo, após o trânsito em julgado em 19.2.2010 (fl. 73), a revisão criminal.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Sensível a essa problemática, a Suprema Corte tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7.8.2012, nos autos do HC n.º 109.956/PR, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou, *verbis*:

"Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

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 de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. 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



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.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça."

O mesmo órgão julgador, em 21.8.2012, nos autos do HC n.º 104.045/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto o seguinte excerto do voto da Relatora:

"Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição."

No mesmo sentido, citem-se as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC n.º 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC n.º 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique coação à liberdade de locomoção do paciente, o que se verifica na hipótese.

Relativamente à questão de ter sido o julgamento proferido por câmara composta majoritariamente por juízes convocados de primeira instância, vê-se que o sistema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de substituição por parte de juízes convocados de 1º grau para a composição de Câmaras no Tribunal de Justiça de São Paulo é caso delicado e merece reflexão.

Em São Paulo, o sistema de substituição foi criado e regulado pela Lei Complementar Estadual n.º 646, de 8 de janeiro de 1990, que assim dispõe:

"Artigo 2º - Por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, os Juízes de Direito Substitutos em Segundo Grau substituirão membros dos Tribunais ou nele auxiliarão, quando o acúmulo de feitos evidenciar a necessidade de sua atuação.

Parágrafo único - A designação para substituir ou auxiliar nos Tribunais de Alçada será realizada mediante solicitação das respectivas Presidências.

Artigo 3º - O Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, durante a substituição, terá a mesma competência atribuída ao substituído, exceto em relação às matérias administrativas."

Existe também a Resolução n.º 204/05 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que trata a matéria da seguinte forma, no que interessa:

"Artigo 3º - O acervo de processos ainda pendente de distribuição será distribuído a todos os Desembargadores Substitutos em Segundo Grau.

§ 1º - Quando da promoção, o Juiz Substituto em Segundo Grau se desvincula dos processos em seu poder, não haja lançado visto, assumindo o eventual acervo da vaga do Desembargador para a qual se promoveu.

Artigo 4º - O Juiz Substituto em Segundo Grau oficiará como relator, revisor ou vogal."

Analisando detidamente o tema, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal desde há muito adotou o entendimento, de forma relativamente tranquila, quanto à constitucionalidade do sistema de substituição, admitindo a possibilidade de que o Estado de São Paulo crie cargos de juiz substituto por meio de lei complementar:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DO ACÓRDÃO. ADVOGADO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA ADOTADO PELO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

(...)

IV - O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo não é ofensivo à Constituição (Lei Complementar Estadual nº 646/90).

V - HC indeferido."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n.º 81.347/SP, Relator: Ministro Carlos Velloso; Julgamento 1.4.2003; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJ de 9.5.2003)

Mesmo assim, a matéria continuou a causar perplexidade, sendo que o Conselho Nacional de Justiça foi consultado sobre a questão pelo Conselho Nacional do Ministério Público. O pedido foi arquivado no dia 17 de abril de 2007, por entender-se que não haviam providências a serem tomadas, diante da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Em consulta semelhante feita em 26 de fevereiro de 2008, o Conselho Nacional de Justiça, analisando resolução de convocação de magistrados de primeiro grau pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, ressaltou que "é da essência da validade do ato o caráter temporário da convocação" (Procedimento de Controle Administrativo n.º 2007.10.00.001564-8), determinando, assim a exclusão de determinados dispositivos da resolução que contrariavam a LOMAN quanto à convocação de juízes substitutos.

Todavia, apesar de se reconhecer a constitucionalidade do sistema de substituição em segundo grau em São Paulo, nova discussão se põe. Trata-se justamente de saber se a constituição de câmaras presididas por Desembargadores e formadas exclusivamente por juízes de primeiro grau, que não integram o quadro de juízes substitutos de segundo grau, a partir de convite, cuja inscrição é voluntária e sem que haja convocação na forma do disposto na LOMAN, viola ou não algum princípio ou regra constitucional.

No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, o primeiro precedente a respeito da composição numérica nos tribunais estaduais reconheceu a ilegalidade do julgamento por Câmara composta majoritariamente por juízes convocados de primeiro grau, *verbis*:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÓRGÃO FRACIONÁRIO INSUFICIENTEMENTE COMPOSTO. NULIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO.

-Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, majoritariamente, por juízes de Primeiro Grau.

-Ordem concedida."

(STJ, Sexta Turma, Rel. para acórdão Min. William Patterson, HC 9405/SP, DJ 18.06.2001, p. 189).

A questão foi novamente suscitada quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 72.941/SP, de que fui a relatora, tendo a Sexta Turma, à unanimidade, estando ausente, justificadamente, o Ministro Paulo Gallotti, concedido a ordem para anular julgamento de acórdão proferido por turma julgadora composta majoritariamente por juízes convocados de primeiro grau.

Da mesma forma, a Terceira Seção deste Tribunal, em 24.9.2008, à unanimidade, ausente justificadamente o então Presidente da Seção, Ministro Paulo Gallotti, concedeu a ordem nos *Habeas Corpus* n.º 101.943, 102.744, 103.259 e 108.425,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecendo a mesma ilegalidade.

Trata-se, portanto, de entendimento que encontrou respaldo por parte dos Ministros desta Corte, sendo matéria que inclusive passou a ser julgada de forma monocrática, a exemplo do *Habeas Corpus* n.º 112.295, de relatoria da Desembargadora Convocada Jane Silva.

E, com efeito, a meu ver, a criação de turmas julgadoras compostas integralmente por juízes de primeira instância foi reservada pela Constituição da República apenas aos casos de infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 98, inciso I, *verbis*:

"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau."

A intenção do constituinte de 1988 foi, claramente, a de permitir que os juízes de primeira instância possam julgar casos de menor complexidade, compondo, sozinhos, uma turma de julgamento de recursos. Tal raciocínio conduz à conclusão, *a contrario sensu*, de que os casos de maior complexidade devem ser julgados por Turmas compostas por juízes de segunda instância.

Nesse sentido é o voto do Ministro Fontes de Alencar no já citado *Habeas Corpus* n.º 9.405/SP, de relatoria do Ministro William Pattterson:

"(...) Por outro lado, a Constituição - precisamente no art. 98, ao tratar dos Juizados Especiais -, quando quis criar um órgão apreciador de recursos integrado por Juízes de Primeiro Grau o fez, dizendo que os recursos seriam para Turmas Recursais, ou seja, Juízes de Primeiro Grau compondo Turmas Recursais.

Dessarte, se o Tribunal de Justiça permite que um dos seus órgãos fracionários tenha na sua composição majoritária Juízes de Primeiro Grau, na verdade está admitindo a formação de Turma Recursal de Primeiro Grau, o que inviabilizaria, por eventual recurso, o Segundo Grau.

E é por causa desse raciocínio, na busca do que me parece mais lógico, que concedo o *habeas corpus*, em resguardo ao princípio do juiz natural e da existência concreta, em alguns aspectos, da supremacia do Tribunal de Justiça em relação aos Tribunais de Alçada e em respeito à Constituição que, quando quis criar Turma Recursal formada por Juízes de Primeiro Grau, o fez de forma expressa.

Em razão de tudo isto concedo o *habeas corpus* para anular as decisões do Tribunal de Justiça e que outra decisão, em grau de apelação, seja promovida, adotada como for de direito, pelos seus integrantes, observada, pelo menos, a composição majoritária por desembargadores"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(STJ, Sexta Turma, HC 9405/SP, Rel. para acórdão Min. William Patterson, j. 11.04.2000, DJ de 18.06.2001, p. 189).

Mesmo que se admita a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em segunda instância, nos termos do disposto na Lei complementar estadual n.º 646/90, a atuação destes, não se pode olvidar, é voltada à *substituição* e ao *auxílio* dos desembargadores. Isso significa que: I) ou os juízes convocados deverão atuar no lugar deixado pelos desembargadores substituídos, ocupando o lugar deixado por esses na Turma, mesclando-se, portanto aos demais desembargadores; II) ou os juízes convocados deverão auxiliar os desembargadores, para evitar o acúmulo de serviço.

O que não pode ser aceito, entendo, é a criação de Câmaras apenas presididas por um desembargador, e, no mais, compostas exclusivamente por juízes convocados.

Com maior razão verifica-se no caso em que *todos* os que participam do julgamento como relator, 2º juiz, e 3º juiz, são juízes estaduais convocados. Forma-se, em verdade, uma turma julgadora equiparada à turma recursal dos juizados especiais criminais, exclusivamente por juízes de primeira instância.

Penso que, quando a Resolução n.º 204/05 do Tribunal de Justiça de São Paulo dispôs que o juiz substituto em segundo grau poderia officiar como relator, revisor ou vogal, não quis dizer que eles poderiam sê-lo todos a um só tempo, formando uma única câmara.

Da mesma forma, entendo que a norma que estabelece a igualdade de competência entre o juiz substituto e o substituído diz respeito à competência *ratione materiae*, e não à quantidade de juízes que poderiam atuar em cada uma das Câmaras.

É certo que, recentemente, o Pleno do Pretório Excelso abordou novamente a questão, nos autos do HC n.º 96.821/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. tendo aquela Corte, por maioria de votos, vencido o eminente Ministro Marco Aurélio de Mello, entendido que não ocorre, na hipótese, qualquer ofensa a regra ou princípio constitucional, justificando-se a atuação voluntária dos magistrados de primeiro grau em razão do elevado número de processos existentes no Tribunal de Justiça de São Paulo quando da entrada em vigor da EC n.º 45/2004, que proclamou o princípio da razoável duração do processo, o que teria acelerado o julgamento de grande número de processos e evitado a prescrição.

Eis o noticiado no Informativo n.º 581 do Supremo Tribunal Federal:

"Composição de Órgão Colegiado: Juízes Convocados e Princípio do Juiz Natural - 1

O Tribunal, por maioria, denegou *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que se sustentava a nulidade do julgamento da apelação do paciente pela 11ª Câmara Criminal 'B' do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao fundamento de ofensa ao princípio do juiz natural, já que, à exceção do desembargador que presidira a sessão, todos os demais membros do órgão eram juízes de primeiro grau convocados. Apontava-se,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, violação aos artigos 93, III, 94 e 98, I, da CF — v. Informativo 549. De início, o Tribunal, por maioria, rejeitou preliminar suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de que o julgamento fosse realizado com a composição integral, tendo em conta a importância da matéria de fundo. Considerou-se o fato de somente estarem ausentes da sessão dois Ministros, havendo quórum suficiente para a deliberação da matéria, e salientou-se a urgência em resolver a questão, haja vista recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de anular decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em matéria criminal. Vencido o suscitante.

HC 96821/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 8.4.2010. (HC-96821)

Composição de Órgão Colegiado: Juízes Convocados e Princípio do Juiz Natural - 2

No mérito, entendeu-se não ocorrer, na hipótese, qualquer ofensa a regra ou princípio constitucional. Registrou-se que a convocação de juízes para atuar nos julgamentos levados a efeito na Corte paulista fora, originalmente, regulamentada pela Lei Complementar 646/90, que criou os cargos de magistrados substitutos e de segundo grau, diploma este reputado constitucional pelo Supremo. Fez-se menção, em seguida, à EC 45/2004 que, dentre outras inovações, teria assegurado a todos os jurisdicionados a duração razoável do processo, determinando a distribuição imediata dos feitos ajuizados em todos os foros e tribunais do país. Observou-se que, em relação especificamente a São Paulo, a EC 45/2004 teria determinado à Justiça bandeirante a unificação dos Tribunais de Alçada com o Tribunal de Justiça, impondo-lhe a tarefa de reorganizar administrativamente uma Corte enorme, de forma a manter, minimamente, a rapidez e eficiência da prestação jurisdicional. Considerou-se que tal determinação, além das dificuldades de reorganização, teria ocasionado outra consequência de relevante repercussão, qual seja, a imediata transferência de um imenso estoque de feitos criminais, antes dividido entre as duas Cortes. Mencionou-se que o Tribunal paulista teria cumprido essa determinação prontamente, ordenando, com base na Resolução 204/2005, a imediata distribuição de todos os feitos aos desembargadores e juízes substitutos de segundo grau. Além disso, para dar conta desse acervo de processos acumulados, teria criado câmaras extraordinárias, integradas, inicialmente, por juízes titulares da capital e, depois, por juízes titulares do interior, da mesma entrância, presididas por um desembargador, que também atuaria como vogal ou terceiro juiz, a partir de edital de convocação, publicado no diário oficial, após deliberação do Conselho Superior da Magistratura, com fundamento no art. 73, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo. Asseverou-se, ainda, que os juízes de primeiro grau, apesar da denominação de convocados, participariam desses colegiados por meio de inscrição voluntária. Reconheceu-se que essa providência, por um lado, teria proporcionado uma significativa redução no número de feitos pendentes de decisão, evitando, por conseguinte, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como teria acelerado o julgamento de grande número de presos detidos em caráter provisório. Por outro lado, no entanto, acarretara uma enxurrada de recursos e de *habeas corpus* perante o STJ e o STF, com o intuito de anular os arestos proferidos pelas câmaras extraordinárias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 96821/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 8.4.2010. (HC-96821)

Composição de Órgão Colegiado: Juízes Convocados e Princípio do Juiz Natural - 3

Em seqüência, aduziu-se que o âmago do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXVII e LIII) consistiria na estrita prevalência de um julgamento imparcial e isonômico para as partes, por meio de juízes togados, independentes e regularmente investidos em seus cargos. Afirmou-se que a hipótese dos autos não se afastaria dessas premissas, visto que o sistema de convocação de magistrados de primeiro grau na Justiça paulista seria uma resposta aos comandos emanados da EC 45/2004, tendo sido implantado nos termos da Lei Complementar estadual 646/90, dela se distinguindo apenas no aspecto de que a convocação dos magistrados de primeiro grau se daria mediante publicação de edital na imprensa oficial. Acrescentou-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo em nada teria inovado quanto a essa prática, tendo em vista que a Justiça Federal também dela faria uso, com base no art. 4º da Lei 9.788/99 ('Os Tribunais Regionais Federais poderão, em caráter excepcional e quando o acúmulo de serviço o exigir, convocar Juízes Federais ou Juízes Federais Substitutos, em número equivalente aos de Juízes de cada Tribunal, para auxiliar em Segundo Grau, nos termos de resolução a ser editada pelo Conselho da Justiça Federal.'), sem que nenhum de seus julgamentos tivesse sido anulado. Observou-se que a integração dos juízes de primeiro grau nas câmaras extraordinárias paulistas se daria de forma aleatória, sendo os recursos distribuídos livremente entre eles, e que as convocações seriam feitas por ato oficial, prévio e público, não havendo se falar em nomeação *ad hoc*. Assim, tais magistrados não constituiriam juízes de exceção. Sua convocação para atuar perante a segunda instância, ao contrário, seria resposta dada pelo Tribunal de Justiça paulista, diante da difícil conjuntura de sobrecarga de trabalho, para dar efetividade a um novo direito fundamental introduzido na Constituição a partir da EC 45/2004, ou seja, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII). Enfatizou-se não se poder esquecer, ainda, que os direitos e garantias fundamentais, a teor do que disposto no § 1º do art. 5º da CF, teriam aplicação imediata, não podendo ser outra a reação da Corte estadual que a de atender prontamente a esse comando constitucional. Além disso, esse novo direito fundamental teria íntima relação com outros princípios constitucionais, como o da dignidade humana e da eficiência da Administração Pública, cujo cumprimento não poderia ser postergado.

HC 96821/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 8.4.2010. (HC-96821)

Composição de Órgão Colegiado: Juízes Convocados e Princípio do Juiz Natural - 4

Portanto, as medidas levadas a efeito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo não só teriam dado concreção às exigências postas pelos constituintes derivados, como também se amoldariam, perfeitamente, aos princípios e regras da Carta Magna, sobretudo porque respeitariam a imparcialidade e a independência dos magistrados que integrariam as câmaras extraordinárias, os quais, de resto, jamais teriam desbordado os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lindes da competência jurisdicional da Corte. Ressaltou-se, inclusive, que o art. 96, I, a, da CF permite que os tribunais disponham sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, e que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN (LC 35/79) admite, em seu art. 118, a convocação de juízes de primeiro grau para integrarem colegiados de segundo grau, em caráter excepcional e transitório, nas situações que explicita, sem que jamais se tivesse invocado, contra essa prática, o argumento de ofensa ao princípio do juiz natural. Por fim, consignou-se que se se pudesse entender, apenas *ad argumentandum tantum*, que o princípio do juiz natural tivesse sido de alguma forma malferido, haver-se-ia de se proceder a uma necessária ponderação de valores, contrastando o referido postulado com o da segurança jurídica. No ponto, explicou-se que se estaria a cogitar, ainda que indiretamente, de dezenas de milhares de decisões criminais, a maioria das quais já transitadas em julgado, que poderiam ser sumariamente anuladas, inclusive aquelas que concluíram pela absolvição dos réus, sendo que, nesse sopesamento de normas com densidade axiológica equivalente, haveria de prevalecer, no caso, o postulado da segurança jurídica. Vencido o Min. Marco Aurélio que concedia a ordem, assentando que o paciente se encontraria condenado sem observância da norma maior segundo a qual ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente, tendo em conta o julgamento de sua apelação por uma câmara que legalmente se mostrara inexistente. Reputava ter havido clonagem imprópria, visto que criadas, dentro do Tribunal paulista, câmaras suplementares, tendo sido convocados, para compô-las — em sobreposição, e não em substituição de ausentes ou para preenchimento de cadeira vaga, nos termos do art. 118 da LOMAN —, juízes que teriam passado a atuar não só na 1ª como também na 2ª instância.

HC 96821/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 8.4.2010. (HC-96821)"

O mencionado julgado porta a seguinte ementa:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULGAMENTO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP.

II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial.

III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

IV - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Ordem denegada."

(HC 96821/SP; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI;
Julgamento: 08/04/2010; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJe DIVULG
24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010)

Não obstante o posicionamento adotado, por maioria, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, creio, *data maxima venia*, pelas razões anteriormente por mim declinadas, que o entendimento até então esposado por esta Sexta Turma merece ser mantido, já que, como bem salientado pelo voto vencido do ilustre Ministro Marco Aurélio, entendo que não houve observância "da norma maior segundo a qual ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente, tendo em conta o julgamento de sua apelação por uma Câmara que legalmente se mostrara inexistente". E isso porque o julgamento se deu por uma das câmaras formadas "em sobreposição àquelas já existentes, e não em substituição de ausentes ou para preenchimento de cadeira vaga, nos termos do art. 118 da LOMAN".

Ao que cuido, entendo ser o caso de anulação do julgamento da apelação, com o reconhecimento da sua nulidade, para que venha a ser realizado por Câmara composta, majoritariamente, por Desembargadores.

Contudo, não obstante o explanado, no dia 24.8.2010, o assunto foi novamente levado à apreciação deste Colegiado em numerosos *mandamus*. Em tal ocasião, esta Relatora restou vencida no ponto, eis que a Egrégia Sexta Turma curvou-se, de forma majoritária, ao atual posicionamento firmado no Pretório Excelso.

Assim, a fim de evitar maior acúmulo de processos com meus pares, visto que continuaria ficando vencida, acompanho, então, a compreensão da maioria, formada no seio deste Órgão Julgador, com a ressalva do meu entendimento.

No tocante à fixação do regime inicial diverso do fechado e à substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, inviável o acolhimento dos pleitos defensivos, a teor da legislação penal vigente, *verbis*:

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Alterado pela L-007.209-1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja igual ou inferior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

(...)

Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Alterado pela L-009.714-1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - **o réu não for reincidente em crime doloso;**

III - **a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."**

Contudo, quanto à dosimetria da pena, creio que se deve proceder um ajuste em seu *quantum*. Com efeito, é de ver que a reprimenda do furto - de 1 (um) a 4 (quatro) anos - foi acrescida em 1 (um) ano pela presença de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis e em mais 1 (um) ano pela agravante da reincidência. Assim, mister se faz a redução do acréscimo por essas circunstâncias, com fulcro no princípio da proporcionalidade.

De fato, a instância de origem excedeu-se ao aumentar a pena nos patamares supracitados, não se justificando a majoração.

Acerca da necessidade de observância, na dosimetria da pena, do princípio da proporcionalidade, vejam-se alguns julgados desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. PENA-BASE. QUANTUM DE ACRÉSCIMO PELA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA.

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

3. Hipótese em que há evidente ilegalidade, por violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Isso, diante da fixação da pena-base em 1/2 acima do mínimo, em razão de apenas uma circunstância judicial desfavorável, e posterior aumento de 2/3 pela agravante da reincidência. De rigor a redução da reprimenda imposta, reduzindo-se os acréscimos para 1/6, quantum que se mostra razoável.

4. *Habeas corpus* concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, e 12 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 179.437/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12/04/2012, DJe 25/04/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSIÇÃO JUSTIFICADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES E ENVOLVIMENTO REITERADO EM ATIVIDADES ILÍCITAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Constata-se que a sanção imposta foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da presença de desfavoráveis circunstâncias judiciais, notadamente a quantidade de droga apreendida e os maus antecedentes apontados.

2. É desproporcional a exasperação no dobro do mínimo legal se o magistrado sentenciante não apresenta fundamentos suficientes e adequados para justificar esse acréscimo, violando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. Muito embora a reprimenda imposta ao paciente tenha sido estabelecida em patamar não superior a 8 anos de reclusão, há circunstâncias judiciais que lhes são desfavoráveis, tanto que a pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal, justificado, portanto, a aplicação do regime mais gravoso, por força do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Não se mostra possível a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, pois ficou consignado na sentença condenatória que o paciente se dedica à atividade criminosa e possui maus antecedentes, inexistindo, assim, os requisitos para a aplicação do aludido benefício, bem como inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a teor do artigo 44 do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos de reclusão."

(HC 116.620/GO, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 18/12/2009)

"HABEAS CORPUS. ART. 92, DA LEI Nº 8.666/93. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÁXIMO. EXISTÊNCIA DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. Sendo apontadas como desfavoráveis ao paciente três das oito circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal, inviável a fixação da pena base no mínimo legal.

2. De igual modo, se nem todas as circunstâncias foram valoradas negativamente, mostra-se desarrazoada a fixação da pena-base no patamar máximo previsto abstratamente na lei penal, sob pena de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, o Magistrado apontou como desfavoráveis as circunstâncias e consequências do crime, além da culpabilidade do paciente. Ele, na condição de proprietário de empresa vencedora de licitação, aditou contrato firmado com a municipalidade, alterando significativamente os valores do ajuste original. Além disso, manteria contrato por várias décadas, quando a norma de regência limita a duração a 60 (sessenta) meses.

4. Ordem concedida para, readequando a pena recaída sobre o paciente, reduzi-la, de 4 (quatro) anos de detenção, mais pagamento de R\$ 236.950,50 para 3 (três) anos de detenção, mais pagamento de R\$ 177.712,00 (cento e setenta e sete mil, setecentos e doze reais), mantida, no mais, a sentença."

(HC 118.558/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 16/11/2009)

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR E AS DEMAIS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. ACRÉSCIMO EXORBITANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. MATÉRIA SUPERADA.

1. Tratando-se de crime de homicídio em que incida mais de uma qualificadora prevista no § 2º do art. 121 do Código Penal, é possível que uma sirva para qualificar o delito e as demais sejam utilizadas como circunstância judicial desfavorável, levando ao aumento da pena-base. Precedentes.

2. Na dosimetria da pena, devem ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se mostrando razoável que, em razão das duas qualificadoras, a pena-base seja acrescida de 6 (seis) anos.

3. Se o paciente já cumpre pena no regime semiaberto, fica prejudicada a pretensão de afastamento do óbice à progressão de regime prisional.

4. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 82.352/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010)

Dessarte, repara-se a dosimetria da pena. Reduzo a pena-base aplicada pelo Juízo *a quo* para 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa. Acresço a sanção em 1/6 (um sexto) - 3 (três) meses e 20 (vinte) dias, e multa de 2 (dois) dias-multa - pela agravante da reincidência, estipulando-a em 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, com pagamento de 18 (dezoito) dias-multa. Minoro a reprimenda pela tentativa em 1/3 (um terço), tornando-a em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa. Conservo o regime inicial fechado outrora estabelecido.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de reduzir a pena privativa de liberdade para 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 4 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal (Processo n.º 050.06.071420-4, Controle n.º 1.412/06, da 25.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP). Mantenho o regime inicial fechado fixado na sentença.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0015872-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 160.783 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14122006

50060714204

990080067265

EM MESA

JULGADO: 07/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARINA PAGANO GIL - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MAURO APARECIDO RAMOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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 habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, que ressaltou entendimento pessoal."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.