



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.909 - SP (2014/0036475-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODOLFO MARQUES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE FLORES DA COSTA (PRESO)

EMENTA

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. INDULTO. DECISÃO CONCESSIVA. NATUREZA DECLARATÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DATA DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. "A sentença que tem por objeto o indulto e a comutação de pena tem natureza meramente declaratória, na medida em que o direito já fora constituído pelo Decreto presidencial concessivo destes benefícios" (HC 82.184/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 06/08/2007)

3. Na espécie, deve ser declarado o dia 25/12/2007 (publicação do Decreto Presidencial n. 6.294/07) como data da extinção da pena imposta nos autos da Ação Penal n. 050.05.097273-1/00 (1ª Execução), devendo o Juízo de origem retificar o cálculo/roteiro de penas do paciente.

4. Entretanto, como o ordenamento jurídico pátrio não respalda o chamado "crédito de pena" ou "conta corrente", o início do cumprimento da sanção imposta na segunda execução deve ser a data do cometimento do segundo delito, ou seja, 12/10/2010, pois, "admite-se a detração em relação a fato diverso daquele que deu azo à prisão processual; contudo, somente em relação a delitos anteriores à segregação provisória, sob risco de se criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal" (HC-177.321/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 12/03/2012).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a natureza declaratória da decisão concessiva do indulto, devendo ser retificado o roteiro de pena do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.909 - SP (2014/0036475-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODOLFO MARQUES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE FLORES DA COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DIEGO HENRIQUE FLORES DA COSTA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente formulou pedido de comutação de penas, nos termos do Decreto n.º 6.294/2007, o qual foi deferido pelo Juiz da 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, somente em 4/7/2012 (e-STJ fls. 51).

Com o fim de discutir a natureza jurídica da decisão do indulto e, em consequência, a possibilidade de retificação do cálculo/roteiro de penas, a defesa interpôs agravo em execução, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo negado provimento ao recurso. Eis a ementa do julgado (e-STJ fl. 62):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE DEVE SER RETIFICADO O CÁLCULO DE PENAS DO CONDENADO, DEVENDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA CONCESSÃO DO INDULTO PLENO RETROAGIR À DATA DE PUBLICAÇÃO DO DECRETO QUE A INSTITUIU, E SER CONSIDERADA COMO MARCO INICIAL DO DESCONTO DE PENAS IMPOSTAS EM SEGUNDA EXECUÇÃO.

CASO EM QUE O DECRETO PRESIDENCIAL QUE INSTITUI A CONCESSÃO DE INDULTO PLENO NÃO É AUTO-EXECUTÁVEL, DEVENDO A DATA DA DECISÃO QUE RECONHECEU O DIREITO DO CONDENADO À RECEPÇÃO DE BENEFÍCIOS SER CONSIDERADA PARA TODOS OS FINS, ENTRE ELES, COMO DATA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, E MARCO INICIAL PARA O DESCONTO DE PENAS IMPOSTAS EM CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE ÀQUELA QUE FOI INDULTADA.

No presente *writ*, sustenta o impetrante que "a manifesta injustiça do r.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisório guerreado se verifica na adoção do dia 04/07/2012 como sendo esta a data em que o ora paciente teve extinta a punibilidade em relação à primeira condenação, sob o fundamento de que os Decretos Presidenciais não são auto executáveis, mas devem passar pela análise do Poder Judiciário" (fl. 4).

Assevera que "na hipótese do indulto parcial, a incidência do redutor a comutação sobre o tempo remanescente da sanção, conforme art. 2º, caput, do Decreto nº 6.294/07, leva em conta a situação processual verificada na data-base estabelecida no Édito e não aquela presente no dia da prolação da decisão concessiva da benesse" (fl. 8).

Diante disso, pleiteia, inclusive liminarmente, seja adotada a data-base fixada no Decreto nº 6.294/07, qual seja, dia 25 de dezembro de 2007, como termo final da pena tocante à execução 1.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 73/74) e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 84, 88, 89 e 109), opinou o Ministério Público Federal "pela denegação do *habeas corpus*" (e-STJ fls. 90/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.909 - SP (2014/0036475-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, no presente *habeas corpus*, o reconhecimento da natureza declaratória da decisão concessiva do indulto e, em consequência, a retificação do roteiro de penas do paciente.

Acerca do tema, assim decidiu a Corte de origem (e-STJ fls. 64/65):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso vertente, o presente recurso não pode prosperar.

Da folha de antecedentes juntada aos autos, denota-se que o agravante foi condenado no processo relativo a execução de nº 1, ao cumprimento de cinco anos e oito meses de reclusão, em regime fechado, tendo iniciado o cumprimento das penas impostas em 30/11/2005 (fl. 39) em 18/12/2007, lhe sendo concedido o benefício do livramento condicional, no curso desse, em 12/10/2010, quando foi preso em flagrante delito pela prática do delito objeto da execução de nº 2, que culminou coma condenação ao cumprimento de sete anos, nove meses e dez dias de reclusão, em regime prisional fechado.

E embora tenha tido ele comportamento desfavorável durante o cumprimento das penas impostas na execução nº 1, obteve a concessão de indulto pleno quanto a tal, em data de 04/07/2012 (fl. 41), sendo nessa declarada a extinção de sua punibilidade em relação a essa execução.

E não há que se falar que a concessão dessa ampla benesse deva retroagir à data de publicação do Decreto Presidencial que a instituiu, até mesmo porque os decretos não são auto executáveis, mas devem passar pela análise de preenchimento das condições impostas pelo Poder Judiciário.

E, tal tendo ocorrido em 04/07/2012, é essa a data em que ele teve extinta a punibilidade em relação à primeira condenação, e a partir de então deve ser considerado o início do desconto das reprimendas impostas em segunda execução, por condenação diversa.

Ao se aceitar a tese defensiva, estaria se criando, como bem salientado no lúcido parecer da douta Procuradoria de Justiça, as fls. 45/47, indevida ampliação do instituto da detração, e inaceitável 'contra cheque' para se contabilizar crédito de penas.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo ajuizado em favor de Diego Henrique Flores da Costa.

No entanto, este Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a decisão concessiva do indulto/comutação da pena tem natureza meramente declaratória.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DURANTE O PERÍODO DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. COMUTAÇÃO E INDULTO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. REQUISITOS LEGAIS. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUPTÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. Não há constrangimento ilegal na decisão que, ainda no curso do período de prova do livramento condicional, determina, motivadamente, a revogação da benesse, em razão do descumprimento das condições impostas na sentença de concessão do benefício, nos termos do art. 87 do Código Penal. Precedente.

4. Preenchidos os requisitos estabelecidos no Decreto-Presidencial, não há como impedir a concessão da comutação da pena ao sentenciado, por falta de requisitos de ordem subjetiva, **pois a sentença, nesse caso, tem natureza jurídica meramente declaratória.**

5. Writ não-conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, tão-somente para determinar ao Juízo das Execuções a análise dos pedidos de indulto e de comutação de penas formulados pelo Paciente.

(HC 226.565/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO Nº 6.294/07. FALTA GRAVE COMETIDA FORA DO PERÍODO DE DOZE MESES QUE ANTECEDEM A PUBLICAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA NORMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o Decreto Presidencial condiciona a comutação da pena à ausência de faltas disciplinares de natureza grave nos últimos doze meses que antecederam a publicação da norma e o cumprimento de um terço da pena em caso de réu reincidente, caso do paciente.

*II. Atendidas as restrições impostas pelo Decreto, impende a concessão do benefício, **por meio de sentença cujo conteúdo tem natureza jurídica declaratória.***

III. A interpretação extensiva das condições para a comutação, ampliando as restrições, consiste em invasão à competência exclusiva do Presidente da República.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 174.871/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 27/05/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO. DECRETO N.º 5.620/05. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS. EXAME CRIMINOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A sentença que tem por objeto o indulto e a comutação de pena tem natureza meramente declaratória, na medida em que o direito já fora constituído pelo Decreto presidencial concessivo destes benefícios.

2. Presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a comutação da pena, exigidos pelo Decreto n.º 5.620/05, evidente a existência de constrangimento ilegal em se exigir outras condições, além das legalmente estabelecidas para concessão do benefício.

3. Descabe submeter o condenado à exame criminológico, sob pena de evidente prejuízo, quando tal condição não é imposta pelo Decreto que concede o indulto e a comutação. Sobretudo porque a Lei n.º 10.792/03, ao dar nova redação ao art. 112 da Lei de Execuções Penais, afastou a exigência até mesmo para o deferimento de progressão do regime prisional.

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que concedeu a comutação da pena ao Paciente.

(HC 82.184/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 600)

Desse modo, por ter natureza declaratória, a extinção da punibilidade reconhecida em 1º grau, na decisão que deferiu o indulto ao paciente, deve retroagir à data da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

publicação do Decreto Presidencial, não devendo ser considerada a partir da prolação da decisão concessiva, até porque a morosidade na apreciação do indulto não pode prejudicar o apenado.

Assim, deve ser declarado o dia 25/12/2007 (publicação do Decreto Presidencial n. 6.294/07) como data da extinção da pena imposta nos autos da Ação Penal n. 050.05.097273-1/00 (1ª Execução), devendo o Juízo de origem retificar o cálculo/roteiro de penas do paciente.

Entretanto, como o ordenamento jurídico pátrio não respalda o chamado "crédito de pena" ou "conta corrente", o início do cumprimento da sanção imposta na segunda execução deve ser a data do cometimento do segundo delito, ou seja, 12/10/2010, pois, "admite-se a detração em relação a fato diverso daquele que deu azo à prisão processual; contudo, somente em relação a delitos anteriores à segregação provisória, sob risco de se criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal" (HC-177.321/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 12/03/2012).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. No entanto, **concedo** a ordem de ofício para reconhecer a natureza declaratória da decisão concessiva do indulto, devendo ser retificado o roteiro de pena do paciente.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0036475-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.909 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01574890720138260000 02799327320118260000 1574890720138260000
2799327320118260000 975151

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODOLFO MARQUES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE FLORES DA COSTA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.