

19/08/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.449 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : LUIZ PAULO DA SILVA MEDEIROS
IMPTE.(S) : VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 278.865 NO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do *writ*. Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Imposição, na sentença, com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Incidência desse dispositivo afastada, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça. Hipótese, todavia, em que o regime prisional mais gravoso foi mantido, em sede de recurso exclusivo da defesa, com fundamentos inovadores, em substituição à motivação adotada em primeiro grau de jurisdição. Ratificação desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Precedente. Ilegalidade flagrante. Constrangimento ilegal manifesto. Ordem concedida de ofício.

1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não vem admitindo a impetração de **habeas corpus** que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 24/4/14).

2. É vedada, em recurso exclusivo da defesa, a utilização de fundamentos inovadores, após o afastamento daquele adotado na decisão recorrida, para justificar a adoção do regime prisional mais gravoso, sob

HC 121449 / RS

pena de **reformatio in pejus**.

3. A sentença que condenou o paciente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, fixou o regime inicial fechado com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Logo, não poderia o Tribunal, ao reconhecer, em recurso exclusivo da defesa, a inconstitucionalidade daquele dispositivo, afirmar que não seria razoável nem socialmente recomendável a fixação do regime semiaberto, “com base na expressiva quantidade e natureza extremamente nociva da droga apreendida (408 buchas de crack)”.

4. HABEAS CORPUS EXTINTO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM, TODAVIA, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar extinto o processo. Acordam, ademais, os Ministros, por unanimidade de votos, em deferir a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

19/08/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.449 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **LUIZ PAULO DA SILVA MEDEIROS**
IMPTE.(S) : **VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 278.865 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Valdimir de Amorim Silveira em favor de Luiz Paulo da Silva Medeiros, apontando como autoridade coatora o Ministro **Jorge Mussi**, do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** nº 278.865/RS.

Sustenta, em síntese, que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e que o regime inicial fechado lhe foi imposto, para o início de cumprimento da pena, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do **Habeas Corpus** nº 82.959/SP.

Requer o deferimento da liminar, a fim de que seja estabelecido regime prisional diverso do fechado e substituída a pena corporal restritiva de direitos, e, no mérito, a concessão da ordem, ratificando-se a pretendida liminar.

A liminar foi por mim indeferida, pelos seguintes fundamentos:

“O deferimento de liminar em **habeas corpus**, como se sabe, é medida de caráter excepcional, cabível apenas se a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano, ou quando a situação constante dos autos representar manifesto constrangimento ilegal, o que não

HC 121449 / RS

vislumbro na hipótese presente.

Como visto, a impetração volta-se contra decisão singular proferida pelo Relator no HC nº 278.865/RS, não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, fato que configura o não exaurimento da instância antecedente.

Portanto, inegável, na espécie, a incidência da jurisprudência da Corte, preconizada no sentido de que *“a não interposição de agravo regimental no STJ e, portanto, a ausência da análise da decisão monocrática pelo colegiado, impede o conhecimento do habeas corpus por esta Corte”* (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, julg. 19/11/13).

Perfilhando esse entendimento, destaco, da Primeira Turma, o RHC nº 111.395/DF, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 30/9/13; e o HC nº 101.407/PR, de **minha relatoria**, julg. 3/12/13.

Ademais, as razões invocadas pelo impetrante para o deferimento da medida excepcional possuem caráter satisfativo, pois se confundem com o mérito da própria impetração, o que recomenda seu indeferimento conforme reiterada jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: HC nº 94.888-MC/SP, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 12/6/08; HC nº 93.164-MC/SP, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 22/2/08; e HC nº 92.737-MC/SP, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJ de 29/10/07, entre outros.

Com essas considerações, indefiro o pedido de liminar.”

Como a impetração foi instruída com as peças necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, dispensei as informações da autoridade coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira**, opinou pelo conhecimento parcial do writ e, nessa extensão, pela concessão da ordem, a fim de se determinar ao juízo das execuções que fixe, de forma fundamentada, o regime inicial de cumprimento de pena.

HC 121449 / RS

É o relatório.

19/08/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.449 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de **habeas corpus** impetrado contra decisão monocrática com que o Ministro **Jorge Mussi**, do Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao **HC nº 278.865/RS**.

Eis o teor da decisão ora impugnada:

“O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses incorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais

HC 121449 / RS

admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame.**

Cumpra observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção sempre estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in judicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. Todavia, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Inconformada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantendo-se na íntegra o édito condenatório.

Quanto à almejada substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois a pena estabelecida ao paciente inviabiliza a permuta, visto que não preenchido o requisito objetivo exigido pelo art. 44 do CP.

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior

HC 121449 / RS

Tribunal de Justiça:

'HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

[...]

6. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que o Paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

7. Habeas corpus denegado.' (HC 244.186/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, Dje 23/05/2013)

Quanto ao regime inicial, tem-se que a Corte impetrada manteve o modo fechado sob o seguinte fundamento:

*'Por derradeiro, correta a estipulação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária, apesar da inconstitucionalidade do artigo 2º § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, declarada **incidenter***

HC 121449 / RS

tantum pelo egrégio STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em sessão plenária de 27JUN2012, superando a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados.

Ocorre que, no caso concreto, não se mostra razoável nem socialmente recomendável a estipulação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda carcerária imposta ao apelante, apesar de não se tratar de réu reincidente, conclusão a que se chega pela leitura conjunta dos artigos 33 § 3º e 59, ambos do CP e 42, da Lei nº 11.343/06, reiterando-se a expressiva quantidade e natureza extremamente nociva da droga apreendida '(408 buchas de crack)'. (fls. 53).

Observa-se que o Tribunal *a quo* adotou como razão de decidir a gravidade concreta do crime, representada pela quantidade e natureza de droga apreendida, e, em assim sendo, não há ilegalidade manifesta a ser sanada de ofício nesse ponto, pois a reprovabilidade concreta do delito cometido justifica a imposição do regime mais severo.

Nesse diapasão, tem-se:

'HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO DE REDUTOR EM 1/3 (UM TERÇO). REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM O REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DENEGADA.

1. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Causa de diminuição de pena.

2. A quantidade de droga apreendida é elemento idôneo a sopesar o grau de redução da sanção pena, sendo até mesmo, circunstância a obstar a concessão da benesse. In casu, para beneficiar o sentenciado com maior

HC 121449 / RS

redução, como pretendido na impetração, é necessário rever os critérios utilizados pela Corte originária ao adotar a redução em patamar inferior ao máximo previsto, situação que demanda revolvimento de aspectos de ordem probatória, medida inadmissível na via angusta do habeas corpus. Precedentes.

3. A disposição contida na Lei n. 11.464/07 que estabelece o regime inicial fechado para os delitos hediondos ou equiparados deve ser afastada, pois ofende o princípio da individualização da pena, ao estabelecer que todos os aludidos delitos devem iniciar a expiação da culpa no modo mais gravoso.

4. Todavia, há particularidades, no caso em apreço, que desautorizam o estabelecimento de regime mais brando, pois a quantidade e a natureza da droga apreendida - 15,760 gramas de cocaína em pedra (crack) - indicam o modo fechado para o início do resgate da pena, como sendo a medida mais adequada.

5. Ordem de habeas corpus denegada' (HC 220.082/GO, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 14/03/2012)

'HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO EM RAZÃO DA QUALIDADE E DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes.

2. É possível o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, desde que com base em elementos concretos contidos nos autos. Na espécie, o regime inicial fechado foi mantido levando-se em consideração a qualidade e a

HC 121449 / RS

quantidade de droga apreendida, a saber, 510 g de crack. Ilegalidade inexistente.

3. Habeas corpus não conhecido' (HC 257.327/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 21/06/2013)."

Existe, portanto, óbice processual ao conhecimento da presente impetração, a qual se volta contra decisão monocrática não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente.

Inegável a incidência da jurisprudência desta Suprema Corte de que "a não interposição de agravo regimental no STJ e, portanto, a ausência da análise da decisão monocrática pelo colegiado, impede o conhecimento do **habeas corpus** por esta Corte" (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, julgado em 19/11/13, DJe de 24/4/14).

Perfilhando esse entendimento, destaco, da Primeira Turma, o RHC nº 111.395/DF, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 30/9/13, e o HC nº 101.407/PR, de **minha relatoria**, julgado em 3/12/13, DJe de 19/2/14

Ocorre que, não obstante a hipótese de não conhecimento da impetração, nada impede que o Supremo Tribunal analise, de ofício, a questão, nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, **como ocorre na espécie**.

O juízo de primeiro grau assim fundamentou a imposição do regime inicial fechado:

"O regime inicial para cumprimento da pena será o fechado, tendo em vista a incidência no caso em tela da Lei no 8.072/90. Consigno, aqui, ante o pedido defensivo para que o cumprimento da pena se dê em regime mais brando, que tal não se pode acolher, devendo, no caso, ser observada a regra trazida pela Lei no 11.407/2007, que alterou o Diploma Legal dos crimes hediondos, constando da atual redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'.

HC 121449 / RS

Destaco, a propósito, que na esteira de reiterada jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça, também comungo do entendimento de que não há inconstitucionalidade na disposição do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 em relação a fixação do regime inicial fechado para os delitos inscritos na Lei dos Crimes Hediondos e ao tráfico de drogas”.

A teratologia dessa decisão era manifesta, haja vista que colidia frontalmente com o entendimento fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do **Habeas Corpus** nº 111.840/ES, de **minha relatoria**, DJe de 17/12/12. **Vide:**

“Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do

HC 121449 / RS

art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul, ao julgar a apelação interposta pela defesa, corrigiu a apontada teratologia, ao afastar a incidência do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, **in verbis**:

“Por derradeiro, correta a estipulação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária, apesar da inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei no 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, declarada *incidenter tantum* pelo egrégio STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em sessão plenária de 27/6/2012, superando a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados.

Ocorre que, no caso concreto, não se mostra razoável nem socialmente recomendável a estipulação do regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda carcerária imposta ao apelante, apesar de não se tratar de réu reincidente, conclusão a que se chega pela leitura conjunta dos artigos 33 § 3º e 59, ambos do CP e 42, da Lei nº 11.343/06,

HC 121449 / RS

reiterando-se a expressiva quantidade e natureza extremamente nociva da droga apreendida” (408 buchas de crack).”

A Corte Estadual, todavia, não poderia fazê-lo, haja vista que, em sede de recurso exclusivo da defesa, para manter o regime mais gravoso, valeu-se de fundamentos inovadores, em substituição à motivação adotada em primeiro grau de jurisdição.

Por sua vez, em vez de corrigir a ilegalidade, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão ora vergastada, encampou, **de forma indevida**, a fundamentação da Corte estadual, **in verbis**:

“Observa-se que o Tribunal *a quo* adotou como razão de decidir a gravidade concreta do crime, representada pela quantidade e natureza de droga apreendida, e, em assim sendo, não há ilegalidade manifesta a ser sanada de ofício nesse ponto, pois a reprovabilidade concreta do delito cometido justifica a imposição do regime mais severo.”

Em precedente sob medida ao caso presente, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no **HC nº 117.155/MT**, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/5/13:

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO COM FUNDAMENTO APENAS NO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. ACRÉSCIMO DE NOVOS FUNDAMENTOS EM SEDE DE HABEAS CORPUS. REFORMATIO IN PEJUS. VEDAÇÃO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO HC 111.840. HABEAS

HC 121449 / RS

**CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar *habeas corpus* impetrado em face de decisão de Relator de Tribunal Superior que indefere pedido de liminar em idêntica via processual (Súmula 691/STF).

A supressão de instância inequívoca, revela-se a malferir o princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) na hipótese em que o *writ* impetrado nesta Corte versa a mesma fundamentação submetida ao Tribunal inferior. Precedentes: HC 107.053-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 15.04.11; HC 107.415, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23.03.11; HC 104.674-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.03.11; HC 102.865, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 08.02.11.

2. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 – que determina que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da prática de crime hediondo dar-se-á, necessariamente, no regime fechado – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 111.840, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, sessão de 27 de junho de 2012.

3. **A *reformatio in pejus* justifica a superação da Súmula 691/STF, máxime na hipótese em que o julgamento de recurso exclusivo da defesa, o relator adiciona circunstâncias não reconhecidas na sentença para agravar a situação do réu.** Precedentes: HC 108.183, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 18.10.12; HC 105.768, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 1º.06.11; HC 98.307, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 23.04.10; HC 93.778, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 15.08.08.

4. ***In casu*, a) o juiz de primeiro grau condenou o paciente a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, fixando o regime inicial**

HC 121449 / RS

fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento tão somente no disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90; b) o Tribunal Estadual, em sede de *habeas corpus*, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade daquele dispositivo, acrescentou novos fundamentos que autorizariam a fixação do regime inicial fechado, agravando por conseguinte, a situação do paciente.

5. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Rondonópolis/MT, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime inicial semiaberto” (grifo nosso).

No mesmo sentido, o parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República **Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira**, o qual aponta que o Supremo Tribunal Federal

“(…) não admite que, em recurso exclusivo da defesa, o tribunal acrescente novos fundamentos à sentença para justificar a imposição do regime inicial fechado, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*, tal como fez o acórdão do TJRS, cujas razões foram encampadas pelo STJ”.

Não se questiona, aqui, o mérito da fundamentação adotada para a fixação do regime fechado, mas, sim, a sua adoção, de forma inovadora, em recurso exclusivo da defesa.

Cumprirá, portanto, ao juízo das execuções criminais fixar o regime inicial adequado à espécie, observando-se que a imposição de regime prisional mais gravoso exige motivação idônea que transcenda a mera opinião do julgador a respeito da gravidade em abstrato do crime, nos precisos termos das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, como a pena final imposta ao paciente foi de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, encontra-se ausente, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, o requisito objetivo (pena não superior a quatro

HC 121449 / RS

anos) para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Com essas considerações, julgo extinto o processo, por inadequação da via eleita.

Concedo, porém, **de ofício**, a ordem de **habeas corpus** para determinar ao juízo das execuções criminais competente que fixe, de forma fundamentada, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, o regime inicial condizente de cumprimento da pena.

É como voto.

19/08/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.449 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) –
Admito a impetração, no que se versa ato ilícito a alcançar a liberdade de
ir e vir, praticado por relator.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 121.449

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : LUIZ PAULO DA SILVA MEDEIROS

IMPTE.(S) : VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HC Nº 278.865 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma julgou extinto o processo, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Por unanimidade, deferiu a ordem, de ofício, nos termos do voto do relator. Primeira Turma, 19.8.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma