

HABEAS CORPUS 136.768 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) :E.O.C.
IMPTE.(S) :CAIO HENRIQUE KONISH E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS. FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. CUMPRIMENTO DE 2/5 OU 3/5 DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Para o crime ocorrido em 11 de abril de 2011, deve ser observado o requisito objetivo previsto na Lei de Crimes Hediondos, no montante estabelecido pela Lei n. 11.464/2007, que, introduzindo nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei n. 8072/1990, previu lapsos mais gravosos à progressão de regime ao estabelecer que a promoção ao novo regime prisional dar-se-á após o resgate de 2/5 (dois quintos) da pena corporal, se o condenado for primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente.

3. No caso, não há *reformatio in pejus*, tendo em vista que a sentença condenatória e o acórdão proferido no julgamento da apelação nada dispuseram sobre o montante de pena a ser cumprido para progressão de regime.

4. *Habeas corpus* não conhecido.”

Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri, em 13.12.2011, à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão por infração ao artigo 121, §1º e §2º, IV, do Código Penal (homicídio privilegiado-qualificado); b) por meio de **recurso exclusivo da defesa**, o paciente foi submetido a novo julgamento, ocasião que, em 21.08.2013, foi condenado à pena de 16 anos de reclusão por infração ao artigo 121, §2º, II e IV, do Código Penal (homicídio qualificado); c) diante da ocorrência de *reformatio in pejus*, recorreu ao Tribunal local, que acolheu parcialmente a irresignação para o fim de restabelecer à quantidade de pena do primeiro julgamento; d) contudo, o TJ não restabeleceu a condenação anterior por crime qualificado-privilegiado, circunstância que, em razão da distinção atinente à hediondez, acarreta efeitos gravosos no âmbito da execução penal; e) o *habeas corpus* endereçado ao STJ não foi conhecido.

É o relatório. **Decido.**

1. Cabimento do *habeas corpus*:

O sistema de recursos e meios de impugnação previsto na Constituição Federal, lida enquanto regra de distribuição de competências, tem uma razão de ser. Nessa ótica, não há como se admitir *habeas corpus* impetrado em substituição a instrumento recursal constitucionalmente previsto, como são os recursos **ordinário** e **extraordinário**. Nesse sentido:

“A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da **inadmissibilidade do uso da ação de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário** previsto na Constituição Federal.” (Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, *grifei*).

“A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da **inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso extraordinário**, previsto no art. 102, III, da Constituição

Federal.” (HC 126934 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, grifei)

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de instrumento recursal constitucionalmente previsto, qual seja o **recurso ordinário**.

2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:

Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício.

Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que “a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar **flagrante** constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja **manifestamente** contrária à jurisprudência do STF” (HC 95009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, grifei).

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações. Nesse sentido, não pode ser atribuída a pecha de flagrante à ilegalidade cujo reconhecimento demande dispendioso cotejamento dos autos ou, pior, que desafie a complementação do caderno processual por meio da coleta de elementos externos.

Como reforço, cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos à apreciação:

“Art. 654. (...)

(...)”

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, **quando no curso de processo** verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

De tal modo, ao meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição da ordem de ofício nas hipóteses em que não se desbordar da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.

3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto.

Em relação à vedação da *reformatio in pejus*, corolária do contraditório e da ampla defesa, anoto que o instituto está previsto no artigo 617 do Código de Processo Penal, que prescreve que, no âmbito dos órgãos recursais, “*não poderá ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*”

A vedação da *reformatio in pejus* também atinge a modalidade indireta. Vale dizer, eventual sentença condenatória, ainda que objeto de anulação, limita, quantitativa e qualitativamente, eventual e futura resposta penal. Na mesma linha:

“Todavia, **quando não se obtém** a reforma do julgado, com a alteração da decisão, mas, ao revés, **a sua anulação** (ou o

reconhecimento de nulidades), **várias e importantes consequências poderão daí advir**, todas elas inseridas ou a serem inseridas no sistema das nulidades.

Talvez a mais importante delas esteja relacionada com os **eventuais efeitos que se poderão atribuir à decisão então anulada e no que diz respeito à subordinação a ela da nova decisão, quando condenatória.**

Há, por exemplo, jurisprudência consolidada ao longo de muitos anos, incluindo a da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se atribuir à **decisão anulada o efeito de impedir o agravamento da pena a ser fixada na nova decisão, quando em recurso unicamente da defesa. O fundamento seria precisamente a proibição da reformatio in pejus do art. 617 do CPP, mas com nova roupagem: a reformatio in pejus indireta.**” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, 19. ed. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 909, *grifei*)

Esse postulado, ao qual os Tribunais têm atribuído interpretação ampliativa, inclusive com alcance de prejuízos qualitativos, materializa a personalidade dos recursos. A esse respeito:

“O princípio da personalidade dos recursos significa que: a) **o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorre**; e, como via de consequência, que b) **quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da outra parte.**” (GRINOVER. Ada Pellegrini e outros. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 43, *grifei*)

Ainda nesse caminhar, pontuo que ***“a pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para verificação de existência reformatio in pejus.”***(HC

123251, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, grifei)

No caso em mesa, é irrelevante o fato de que, nas palavras da autoridade apontada como coatora, “a sentença condenatória e o acórdão proferido no julgamento da apelação nada dispuseram sobre o montante de pena a ser cumprido para progressão de regime”, visto que os requisitos exigidos para fins de concessão de benefícios executórios decorrem expressamente da lei. Assim sendo, a condenação por delito hediondo ou equiparado, por si, produz gravame.

Pondero que, na linha da jurisprudência da própria autoridade coatora, o delito de homicídio qualificado-privilegiado não é considerado hediondo, sendo que tal aspecto do primeiro julgamento não foi impugnado, a tempo e modo, pela acusação. Assim, o segundo julgamento, implementado exclusivamente em decorrência de recurso da defesa, não pode alcançar o robustecimento da resposta penal, análise que, como dito, não se limita ao prisma quantitativo.

Nessa medida, ao cancelar a condenação de crime hediondo, contrariando julgamento anterior precluso sob a ótica da acusação, verificou-se, desde logo, constrangimento ilegal. Não é necessário, nessa medida, a explicitação de critérios de progressão de regime, cuja distinção, no que toca aos crimes hediondos e equiparados, é expresso no art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90.

Evidente, portanto, a ocorrência de *reformatio in pejus*, hipótese a legitimar a intervenção deste Tribunal.

Destarte, nos termos do art. 21, §1º, do RISTF, **não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício a fim de assegurar que a condenação observe, quantitativa e qualitativamente, os limites do primeiro julgamento, determinando-se que, para todos os fins de**

HC 136768 / SP

execução de pena, seja reconhecida a ausência de hediondez do delito que consubstancia o título condenatório.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 08 de setembro de 2016.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente