

29/04/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 120.994 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : NEUZA DA COSTA DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : JOSÉ AFONSO ROCHA JÚNIOR
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF. ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CP). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA COM RESPALDO NO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, C, DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. VIABILIDADE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O princípio da adequação social reclama aplicação criteriosa, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade.

2. A violação ao direito autoral e seu impacto econômico medem-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a

HC 120994 / SP

“pirataria”, e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal.

3. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos.

4. *In casu*, a conduta da paciente amolda-se ao tipo de injusto previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, porquanto comercializava mercadoria pirateada (CD's e DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação).

5. As circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, desde que fundamentada a exasperação. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.02.13; HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 19.03.13; ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25.02.13; HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 17.12.12; HC 112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.11.12; RHC 114.742, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 08.11.12; HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, Dj de 07.11.12.

6. O regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão-somente de seu *quantum*, mas, também, das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo Código. Destarte, não obstante a pena ter sido fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime aberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.02.13; HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 19.03.13; ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25.02.13; HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 17.12.12; HC 112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.11.12; RHC 114.742, Primeira Turma,

HC 120994 / SP

Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 08.11.12; HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 07.11.12.

7. A valoração negativa das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal obsta a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Precedentes: RHC 118.405, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 27.02.14; HC 114.171, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 04.10.13; RHC 115.227, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14.08.13; RHC 114.715, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 08.08.13.

8. A utilização da reincidência para aumentar a pena-base e, também, para impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso não configura *bis in idem*.

9. *In casu*, a) a paciente foi condenada pela prática do crime previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal (violação de direitos autorais); b) a pena-base foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão e aumentada, em 1/3 (um terço), em razão da reincidência específica; c) o *quantum* total da pena imposta à paciente foi de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão; d) o juiz singular fixou o regime inicial semiaberto e deixou de substituir a pena privativa de liberdade por outras restritivas de direito, com fundamento nos maus antecedentes e na reincidência específica da paciente.

10. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes: HC 111.412-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 14.08.13; RHC 116.038, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15.08.13; RHC 116.204, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 02.05.13; HC 115.609, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.04.13; RHC 111.547, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 15.06.12.

11. *In casu*, a condenação transitou em julgado em 18.03.13.

12. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102,

HC 120994 / SP

inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

13. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita.

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 de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de *habeas corpus*, sem julgamento da matéria de fundo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de abril de 2014.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

29/04/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 120.994 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : NEUZA DA COSTA DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : JOSÉ AFONSO ROCHA JÚNIOR
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de NEUZA DA COSTA DE OLIVEIRA contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça sintetizado na seguinte ementa, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CP). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA E DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE REINCENTE ESPECÍFICA. ADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33, § 2º, C, E 44, II, AMBOS DO CP. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. É inadmissível o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF).

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta ao direito de ir e vir, não tendo sido aplicado o

HC 120994 / SP

referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática que indefere liminarmente a petição inicial de habeas corpus, em que se pleiteia a fixação de regime inicial aberto e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando evidenciado que a paciente é reincidente específica, não preenchendo, portanto, os requisitos previstos nos arts. 33, § 2º, c, e 44, II, ambos do Código Penal.

4. Agravo regimental improvido.”

Colhe-se dos autos que a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 184, § 2º, do Código Penal. Isso porque, em tese, no dia 09.05.08, a paciente mantinha em depósito e vendia 168 (cento e sessenta e oito) CDs e 60 (sessenta) DVDs de diversos autores, reproduzidos com violação do direito autoral.

Concluída a instrução criminal, a paciente foi condenada a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal (violação de direito autoral). O magistrado assegurou-lhe o direito de recorrer em liberdade, sob o fundamento de que ela *“respondeu a todo o processo solta e não estão presentes os requisitos da prisão cautelar”*.

Defesa e acusação apelaram. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento a ambos os recursos e determinou a imediata expedição de mandado de prisão em desfavor da paciente.

Transitada em julgado a condenação (em 18.03.13), a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, indeferido liminarmente. Transcrevo a ementa da decisão monocrática, *verbis*:

HC 120994 / SP

“HABEAS CORPUS . VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CP). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA E DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICA. ADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33, § 2º, C E 44, II, AMBOS DO CP. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA.

Inicial indeferida liminarmente.”

Contra essa decisão, a defesa interpôs agravo regimental, não provido pelo colegiado do STJ.

Ainda inconformada, opôs embargos de declaração, rejeitados. Transcrevo a ementa do acórdão, *verbis*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS . WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA E DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICA. ADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33, § 2º, C, E 44, II, DO CP. INEXISTÊNCIA. OMISSÃO. AUSÊNCIA (ART. 619 DO CPP).

1. É cediço que os embargos de declaração somente podem ser utilizados quando, na decisão, houver obscuridade, contradição ou omissão acerca de ponto sobre o qual devia se pronunciar o juiz ou tribunal, e não o fez, nos termos do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal.

2. A decisão hostilizada foi clara ao afirmar a necessidade de manutenção da decisão monocrática que indefere liminarmente o habeas corpus em que se pretende a fixação do

HC 120994 / SP

regime correspondente à reprimenda imposta, bem como a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando evidenciado que a paciente não adimple os requisitos necessários para tanto, por ser reincidente específica.

3. Incabível o manejo dos embargos de declaração para a rediscussão da tese jurídica debatida e aplicada pelo órgão julgador, sobretudo quando inexistente vício – omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade – na decisão embargada.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

Nesta impetração, a defesa sustenta, em síntese, violação da Súmula 719 desta Corte, *verbis*: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”. Isso porque, *in casu*, inexistiria base concreta para a fixação do regime inicial semiaberto.

Alegou, ainda, a atipicidade da conduta praticada pela paciente, tendo em vista a descriminalização da “*venda de CD’s piratas*”.

Ressalta, por fim, que a reincidência não pode ser usada para aumentar a pena-base acima do mínimo legal e também para impor regime inicial mais severo, sob pena de caracterizar *bis in idem*.

Requer a concessão de medida liminar a fim de suspender a ordem de prisão expedida contra a paciente. No mérito, pleiteia a confirmação da cautelar, bem como a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos.

A medida liminar foi indeferida em decisão assim ementada, *verbis*:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (COMÉRCIO DE CD’S PIRATAS) – ART. 184, § 2º, DO CP. REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVE DO QUE O PREVISTO SEGUNDO A PENA APLICADA. REGIME

HC 120994 / SP

ABERTO NEGADO COM FUNDAMENTO NA REINCIDÊNCIA - § 3º DO ART. 33 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE PREVISTO NO ART. 44, § 3º, DO CP. INEXISTÊNCIA, PRIMA FACIE, DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- Liminar indeferida.”

O Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da ordem. Transcrevo a ementa do parecer ministerial, *verbis*:

“Ementa. Habeas corpus. Violação de direito autoral. Reincidência específica. Possibilidade de fixar regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Denegação da ordem.”

É o relatório.

29/04/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 120.994 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, *verbis*:

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

I – processar e julgar, originariamente:

...

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

...

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

In casu, a paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 1º.10.99, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

HC 120994 / SP

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

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

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

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

- A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

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

HC 120994 / SP

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

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

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

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

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

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma

HC 120994 / SP

integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário 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.

Cumprir 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.”

Inexiste, *in casu*, excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem.

Com relação às alegações de atipicidade da conduta da paciente e da descriminalização da “*venda de CDs piratas*”, não assiste razão à defesa. Equivocado, no ponto, o argumento de que o impacto econômico da conduta seria irrisório. Em verdade, o impacto econômico da violação ao direito autoral deve ser medido pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a “*pirataria*”, e não pelo que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. Nesse cenário, inviável afirmar que a conduta dos pacientes apresente diminuta

HC 120994 / SP

lesividade, a qual somente se sustenta sob a ótica distorcida da linha defensiva.

Já sob o ângulo da adequação social da conduta, também não merecem prosperar as alegações articuladas. Com efeito, deve-se destacar que a pirataria é sim prática combatida por diversos órgãos e entidades do governo brasileiro. Cite-se, a título ilustrativo, o Plano Nacional de Combate à Pirataria, atualmente na sua terceira edição (2013-2016), lançada pelo Ministério da Justiça no dia 13 de maio de 2013. Segundo informa a própria página do MJ na *internet*, apenas no ano de 2012 foram apreendidas pela Polícia Rodoviária Federal mais de 225.000 (duzentas e vinte e cinco mil) unidades de CD's falsificados. Mencionem-se ainda as diversas campanhas publicitárias do Governo Federal voltadas a conscientizar a população brasileira quanto ao problema dos crimes contra a propriedade intelectual. Tudo isso a indicar que não existe qualquer "tolerância" social para com prática tão violenta contra o sistema econômico e produtivo da nação brasileira.

O beneplácito judicial da conduta ora sob exame representaria salvo-conduto para ultrajes ainda mais aviltantes à propriedade intelectual, prática essa que deve ser abominada em razão dos efeitos dramáticos sobre a expansão da atividade criativa no país, sem contar outros prejuízos advindos da informalidade, como a sonegação fiscal e a falta de segurança a que fica exposto o consumidor.

Trago à colação julgados da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em que a Corte, pelo seu órgão fracionário, expressamente repudiou a tese de insignificância e adequação social da "pirataria":

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. VENDA DE CD'S 'PIRATAS'. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDOTA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA

HC 120994 / SP

ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal.

II - Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação.

III - Não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos.

IV - Ordem denegada.

(HC 98898, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 21.05.10)

“Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS (CRFB, 102, II, a). CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAIS (CP, ART. 184, §2º). VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a 'pirataria', e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. A

HC 120994 / SP

prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao Fisco pela burla do pagamento de impostos. 4. In casu, a conduta da recorrente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, uma vez foi identificada comercializando mercadoria pirateada (100 CD's e 20 DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação). 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido."

(RHC 115.986, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 16.08.13)

In casu, a paciente mantinha em depósito e vendia 168 (cento e sessenta e oito) CDs e 60 (sessenta) DVDs de diversos autores, reproduzidos com violação do direito autoral. Destarte, a conduta da paciente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, §2º, do Código Penal.

Por outro lado, com relação à possibilidade, ou não, da fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão-somente de seu *quantum*, mas, também, das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º do mesmo Código, *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 a necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59

HC 120994 / SP

deste Código."

Segue-se daí que, não obstante a pena ter sido fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento no regime aberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. 1. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação conferida pela Lei 11.464/07 – que determina que o condenado pela prática de crime hediondo inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade, necessariamente, no regime fechado – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 27.06.12, ao julgar o HC 11.840, Relator o Ministro Dias Toffoli. Naquela ocasião, esta Corte destacou que, mesmo na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes, **o regime inicial do cumprimento de pena não é mera decorrência do quantum da reprimenda, estando condicionado também à análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º, do mesmo Código.** 2. Revela-se possível, destarte, **a imposição de regime inicial fechado em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a 8 anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.** 3. *In casu*, o magistrado singular condenou o paciente a 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do tráfico internacional de entorpecentes, por ter sido preso em flagrante, em 15.08.07, com 4.004 (quatro

HC 120994 / SP

mil gramas e quatro decigramas) de cocaína, circunstância que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. 4. Considerada tão-somente a quantidade da pena, o paciente, consoante o artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, teria direito ao regime inicial semiaberto. 5. Deveras, a fixação de regime mais gravoso, in casu, deu-se à luz das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, por isso que na regência específica do crime de tráfico de entorpecentes, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que 'O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente', emergindo daí o acerto da sentença condenatória ao considerar a quantidade e a qualidade do entorpecente para fixar o regime inicial fechado como o adequado à reprovação e prevenção do crime. 6. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via processual" - Sem grifos no original.

(HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.02.13)

"Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 1 02, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 12 DA LEI 6.368/76. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DA LEI 11.343/06). INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE

HC 120994 / SP

OFÍCIO. 1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas 'd' e 'i', da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Todavia, existe, no caso, excepcionalidade que justifica a concessão parcial da ordem, *ex officio*. 2. O artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação conferida pela Lei 11.464/07 – que determina que o condenado pela prática de crime hediondo inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade, necessariamente, no regime fechado – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 27.06.12, ao julgar o HC 11.840, Relator o Ministro Dias Toffoli. Naquela ocasião, esta Corte destacou que, mesmo na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes, **o regime inicial do cumprimento de pena não é mera decorrência do quantum da reprimenda, estando condicionado também à análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º, do mesmo Código.** 3. O regime inicial semiaberto revela-se possível, destarte, em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a 4 anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, consoante concessão anterior do E. STJ. 4. In casu, considerada tão-somente a quantidade da pena aplicada (três anos e quatro meses de reclusão), o paciente teria direito ao regime inicial aberto, consoante o artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Todavia, a fixação de regime mais gravoso, deu-se à luz das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, no caso da regência específica do crime de tráfico de entorpecentes, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente” (sem grifos no original). É que a instância a quo, decidindo com

HC 120994 / SP

ampla cognição, constatou que, “na hipótese presente, embora a sanção corporal não alcance 4 (quatro) anos de reclusão, tenho que a considerável quantidade de entorpecentes – repito: aproximadamente 400 frascos de ‘lança-perfume’ - autorizam o estabelecimento do regime prisional intermediário, a saber, o semiaberto”. 5. O artigo 44 da Lei 11.343/06 foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 01.09.10, que afastou o óbice à conversão da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos na hipótese de condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes e determinando ao Juízo processante que procedesse ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à obtenção da benesse. 6. Habeas corpus extinto por inadequação da via processual eleita e concedida parcialmente a ordem, ex officio, para confirmar a medida liminar que removeu o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006” - Sem grifos no original.

(HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 19.03.13).

“Agravo regimental em agravo interposto nos próprios autos do recurso extraordinário. 2. Penal e Processual Penal. 3. Crime de desacato. Artigo 331 do CP. 4. Fixação do regime prisional semiaberto. 5. **Alegação de incompatibilidade entre o regime fixado e a pena imposta. 6. Circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu justificaram a reprimenda mais severa.** Ausência de violação ao princípio da individualização da pena. Inaplicabilidade do Enunciado 719. 7. Agravo regimental a que se nega provimento” - Sem grifos no original.

(ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25.02.13).

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE

HC 120994 / SP

LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. NÃO ATENDIDO O REQUISITO SUBJETIVO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. 1. Pelo que se tem na inicial da impetração no Superior Tribunal de Justiça e no julgado objeto deste habeas corpus, não foram submetidas à Quinta Turma desse Superior Tribunal as questões referentes ao patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e à eventual possibilidade de substituição da pena. Impossibilidade de conhecimento desta impetração nessa parte, sob pena de contrariedade à repartição constitucional de competências e indevida supressão de instância. 2. **Reconhecida a possibilidade de fixação de regime inicial diverso do fechado, a autoridade apontada como coatora o manteve e assentou não estar atendido o requisito subjetivo previsto no art. 33 do Código Penal, consideradas a natureza do entorpecente, a habitualidade criminosa do Paciente e as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inexistência de constrangimento ilegal.** 3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, ordem denegada” - Sem grifos no original.

(HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 17.12.12)

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. **Embora a pena imposta ao Paciente tenha sido de dois anos e dois meses de reclusão, o que permitiria a fixação do regime prisional diverso do fechado para o início do cumprimento da pena, as diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis, somadas à**

HC 120994 / SP

reincidência, permitem seja fixado o regime inicial fechado.

Precedentes. 3. Ordem denegada” - Sem grifos no original.

(HC 112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.11.12)

“EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de entorpecentes privilegiado. Substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e fixação de regime inicial diverso do fechado. Via processual inadequada. Necessidade de análise do contexto fático-probatório. Substituição negada com base nas circunstâncias previstas no inciso III do art. 44 do Código Penal. Imposição de regime inicial mais gravoso concretamente justificada. Recurso não provido. 1. No que tange à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a decisão questionada, além de estar suficientemente fundamentada, está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Suprema, no sentido de que, havendo a indicação de circunstâncias judiciais desfavoráveis pelas instâncias ordinárias, não é o habeas corpus a via adequada para ponderar, em concreto, a suficiência delas para a majoração da pena-base (HC nº 92.956/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 25/4/08). Penso que o mesmo deva ocorrer na hipótese de pretendida substituição. 2. Do mesmo modo, a via eleita não deve ser utilizada para conceder a pretendida substituição, com reanálise das circunstâncias previstas no inciso III do art. 44 do Código Penal, senão em situações excepcionalíssimas, nas quais a teratologia seja patente, especialmente porque isso exigiria o reexame de fatos e provas, providência incabível nesta sede. 3. Ao contrário do que alegado na inicial, o juiz não está obrigado a proceder à substituição quando ausentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tendo plena liberdade para negá-la quando entender que essa medida não seja suficiente e necessária para reprovar e prevenir o crime, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Do contrário, seria inócua a previsão legal facultando a substituição. 4. Como se vê, na espécie, a negativa

HC 120994 / SP

não apenas atendeu aos requisitos legais, como também respeitou o princípio da individualização da pena e as especificidades próprias da legislação, especialmente porque o paciente foi flagrado com expressiva quantidade cocaína, entorpecente de altíssima lesividade à saúde pública. 5. **Em relação ao regime prisional fechado estabelecido para o início do cumprimento da reprimenda carcerária, observo que sua fixação está igualmente justificada, diante do que dispõe o § 3º do art. 33 do Código Penal, que impõe a ‘observância dos critérios previstos no art. 59’, segundo o qual, o magistrado deve observar a necessidade e a suficiência da sanção ‘para reprovação e prevenção do crime’.** 6. Recurso não provido” - Sem grifos no original.

(RHC 114.742, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 08.11.12)

“EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, a. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou inválidas, para crimes de tráfico de drogas, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a imposição compulsória

HC 120994 / SP

do regime inicial fechado para cumprimento de pena. Os julgados não reconheceram direito automático a esses benefícios. A questão há de ser apreciada pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais gerais dos arts. 33 e 44 do Código Penal. **Circunstâncias judiciais desfavoráveis do artigo 59 do Código Penal constituem motivo válido para negar a substituição e para impor o regime fechado, conforme remissões do art. 33, § 3º, e do art. 44, III, do mesmo diploma legal.** 3. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito”

(HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, Dj de 07.11.12)

Acrescente-se, ainda, que a existência de circunstâncias judiciais negativas obstam a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, nos termos da jurisprudência desta Corte. Precedentes:

“Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS NEGATIVAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Ao deixar de analisar as circunstâncias concretas do caso, o juízo de primeira instância contrariou entendimento firmado pelo Plenário desta Corte no HC 111.840/ES, Min. Dias Toffoli, que, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 2. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade

HC 120994 / SP

por restritivas de direito, pois, embora preenchido o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal (= pena não superior a 4 anos), as instâncias ordinárias concluíram que a conversão da pena não se revela adequada ao caso, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (=quantidade e natureza da droga apreendida). Precedentes. 3. Recurso parcialmente provido, para, confirmando a liminar deferida, determinar ao juízo competente que fixe o regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal” - Sem grifos no original.

(RHC 118.405, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 27.02.14)

“Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação de substituição de reprimenda com base apenas na proibição legal ofende o princípio da individualização, cumprindo ao julgador analisar os requisitos do art. 44 do Código Penal. **No caso, porém, foi negada a possibilidade de conversão da reprimenda corporal em sanção restritiva de direitos à luz das circunstâncias do caso concreto**, ou seja, em razão da quantidade e da qualidade do entorpecente apreendido. 2. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. Dias Toffoli), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os

HC 120994 / SP

condenados por crimes hediondos e equiparados. 3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à análise do regime inicial de cumprimento da pena à luz do art. 33 do Código Penal” - Sem grifos no original.

(HC 114.171, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 04.10.13)

“EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes (Lei nº 11.343/06, art. 33). Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Decisão fundamentada em circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do habeas corpus. Precedentes. Recurso não provido. 1. Devidamente motivada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não se presta o habeas corpus para reexame ou ponderação das circunstâncias judiciais consideradas no mérito da ação penal. Precedentes. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento.”

(RHC 115.227, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14.08.13)

“EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes (Lei nº 11.343/06, art. 33). Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixação de regime prisional aberto. 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). **Negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Decisão fundamentada em circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do habeas corpus.** Precedentes. Recurso parcialmente provido. 1. Diante do que foi decidido pelo Plenário da Suprema Corte no

HC 120994 / SP

HC nº 111.840/ES, da relatoria do Min. Dias Toffoli, está reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07. 2. Essa circunstância não elide 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. 3. A decisão do juízo de origem, diante do que dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal, não analisou se estariam presentes as circunstâncias judiciais justificadoras da imposição de regime mais severo do que aquele previsto na alínea c do § 2º do citado dispositivo para o caso em apreço. Recurso provido para que o juízo das execuções competente, afastado o óbice do § 1º do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, reexamine, com base no art. 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena. 4. Devidamente motivada a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não se presta o habeas corpus para reexame ou ponderação das circunstâncias judiciais consideradas no mérito da ação penal. 5. Recurso ordinário parcialmente provido.”

(RHC 114.715, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 08.08.13)

Ademais, a ocorrência de *bis in idem* dar-se-ia caso a reincidência fosse utilizada para calcular a pena-se e, ao mesmo tempo, para agravá-la na segunda fase da dosimetria; não cabendo falar em dupla valoração no que tange ao regime inicial de cumprimento, que não tem nada a ver com o cálculo da pena, e muito menos que se refere ao óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

In casu, a paciente foi condenada pela prática do crime previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal (violação de direitos autorais). A pena-base foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão e aumentada, em 1/3 (um

HC 120994 / SP

terço), em razão da reincidência específica. O *quantum* total da pena imposta à paciente foi de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

O juiz singular, contudo, fixou o regime inicial semiaberto e deixou de substituir a pena privativa de liberdade por outras restritivas de direito, com fundamento nos maus antecedentes e na reincidência específica da paciente. Transcrevo o seguinte trecho da sentença condenatória, *verbis*:

“(...)

A ré possui condenação anterior pelo mesmo delito, o que a torna reincidente específica (fls. 21). Além disso, possui diversos processos em andamento pelo mesmo fato. Porém, apesar disso, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Ante a reincidência, agravo em 1/3 (um terço). Ausentes quaisquer outros elementos modificadores, torno a pena definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Por haver vedação legal, bem como por não entender socialmente recomendável ao caso, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pelos mesmos motivos, considerando ainda a reincidência, fixo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

(...)”

Por outro lado, esta Corte decidiu que *“o habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando há ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado”* (HC 111.412-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 14.08.13). No mesmo sentido, as seguintes decisões:

“Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. WRIT IMPETRADO NO STJ EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. HABEAS

HC 120994 / SP

CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FATOS OU ARGUMENTOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR OS TERMOS DO ACÓRDÃO VERGASTADO. MÉRITO. CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS COMO ATITUDE MERAMENTE PROCRASTINATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. **O habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado, por não se admitir esse remédio constitucional como sucedâneo de Revisão Criminal.** Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 2. A interposição de recursos especial e extraordinário somente têm o condão de obstar a formação da coisa julgada em caso de juízo positivo de admissibilidade. 3. A prescrição objeto do meritum causae não se vislumbra no caso sub examine. 4. É que, in casu, a pena aplicada ao paciente, ora Recorrente, foi de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do delito de concussão (CP, art. 316), de sorte que o prazo prescricional seria de 12 anos, nos termos do art. 109, III, do CP. 5. No julgamentos dos embargos de declaração no AI nº 759450/RJ, a Rel. Min. Ellen Gracie examinou detidamente a questão relativa à prescrição, nos seguintes termos: “in casu, o acórdão condenatório qualifica-se como causa interruptiva da prescrição, pois equipara-se, para tanto, à sentença condenatória recorrível. Desse modo, não houve consumação da prescrição da pretensão punitiva, visto não ter transcorrido lapso temporal superior a 12 (doze) anos, quer entre a prática dos delitos (setembro de 1986) e a data de recebimento da denúncia (09.03.1995), quer entre esta e a sentença penal recorrível (15.08.1997), quer ainda entre esta e o acórdão condenatório (22.04.2002), nem, tampouco, entre este e a presente data.”.. 6. É cediço na Corte que os recursos

HC 120994 / SP

extraordinário e especial somente impedem a formação da res iudicata em caso de juízo positivo de admissibilidade. Neste sentido, os precedentes da Corte: “Habeas corpus. 2. Militar. Furto de celular. Condenação. Apelação. 3. Interposição de recurso extraordinário, que não foi admitido na origem, ante a ausência dos pressupostos de admissibilidade (não demonstrados repercussão geral e prequestionamento das questões discutidas). Certificação do trânsito em julgado para a defesa. 4. Pedido da defesa de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. 5. Segundo precedente firmado com o julgamento do HC 86.125/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.9.2005, os recursos especial e extraordinário só obstam a formação da coisa julgada quando admissíveis. 6. Reconhecido que o recurso extraordinário não preenchia minimamente os pressupostos especiais de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento devem retroagir. Início da fase da prescrição executória. 6. Ordem denegada. (HC nº 113559, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 05.02.2013)”. “HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido. (HC nº 86.125, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dj 02.09.2005).”. 7. Recurso Ordinário em Habeas corpus desprovido” - Sem grifos no original.

(RHC 116.038, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15.08.13)

HC 120994 / SP

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. 1. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. 2. INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. 3. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. 1. **Trânsito em julgado do acórdão objeto da impetração no Superior Tribunal de Justiça. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, o habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.** 2. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da independência relativa das esferas penal e administrativa, havendo repercussão apenas em se tratando de absolvição no juízo penal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Precedentes. 3. Seja o ora Recorrente absolvido por insuficiência de provas ou por atipicidade da conduta, essas duas situações não repercutiriam na punição imposta na via administrativa. 4. Recorrente absolvido por insuficiência de provas. Pretensão de rever a punição imposta administrativamente. Inexistência de ameaça ao direito de locomoção. 5. Recurso ao qual se nega provimento” - Sem grifos no original.

(RHC 116.204, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 02.05.13)

“Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE ATO OBSCENO (ART. 238 DO CPM). NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA

HC 120994 / SP

NOS DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. I – Da leitura da denúncia, extrai-se que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 77 do Código de Processo Penal Militar, de modo que é plenamente possível conhecer das imputações feitas ao paciente. A forma pela qual foram narrados os fatos permite o amplo exercício de sua defesa, o que torna improcedente a alegação de inépcia da inicial acusatória. II – O pedido de absolvição por insuficiência de provas mostra o nítido propósito de rediscutir os fatos da causa e obter um novo julgamento da ação penal, o que, como se sabe, não é possível nesta estreita via do habeas corpus, cabendo ao juízo natural o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, como ocorreu na espécie. III – **O habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal**, salvo em situações nas quais se verifique flagrante ilegalidade ou nulidade, o que não é o caso dos autos. IV – Ordem denegada” - Sem grifos no original.

(HC 115.609, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.04.13)

“EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Penal. Crime de furto (art. 155 do Código Penal). Recurso especial e extraordinário não interpostos na origem. Writ dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento. Inadmissibilidade. Pretensão à nulidade do reconhecimento da reincidência, com mitigação da pena e conseqüente alteração do regime prisional, ou substituição por pena restritiva de direitos. Meio inidôneo. Recurso não provido. 1. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, o eventual cabimento de recurso criminal não tem o condão de impedir a impetração de habeas corpus. 2. A arguição de nulidade quanto ao reconhecimento da reincidência por meio de anotação em folha de antecedentes

HC 120994 / SP

exige aprofundamento no exame do acervo fático-probatório da causa, **inviável em sede de habeas corpus, que, igualmente, não é sucedâneo da revisão criminal**. Precedentes. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento – Sem grifos no original.

(RHC 111.547, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 15.06.12)

In casu, a condenação transitou em julgado em 18.03.13.

Ex positis, julgo extinto o *habeas corpus* por inadequação da via eleita.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 120.994

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S) : NEUZA DA COSTA DE OLIVEIRA

IMPTE.(S) : JOSÉ AFONSO ROCHA JÚNIOR

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus*, sem julgamento da matéria de fundo, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 29.4.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso. Compareceu o Senhor Ministro Teori Zavascki para julgar processos a ele vinculados.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma