



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 210.215 - MS (2011/0139792-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FATIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOÃO JOSÉ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. **1.** AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DOSIMETRIA EM SEDE DE **HABEAS CORPUS**. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO **WRIT**. **2.** REGIME SEMIABERTO DEVIDAMENTE MOTIVADO. RÉU REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **3. HABEAS CORPUS** CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. Assim, não obstante se admita excepcionalmente a impetração de **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do **writ**.

2. Não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa da atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do **writ**, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação, o que não ocorre no caso dos autos, pois o magistrado apontou concretamente as razões que o levaram a aumentar, com razoabilidade e proporcionalidade, a pena do paciente.

3. Diante da reincidência e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, inviável a fixação do regime inicial aberto. Precedentes.

4. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 210.215 - MS (2011/0139792-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de João José da Silva, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Narra a impetração que o paciente - denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 171, **caput**, do Código Penal - foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, bem assim ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Recorreu a defesa ao Tribunal de Justiça estadual. Na oportunidade, buscou a absolvição do paciente, nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, a redução da pena-base ao mínimo legal.

A Segunda Turma Criminal negou provimento ao apelo, e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 55/59):

APELAÇÃO - PENAL - ESTELIONATO - RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITIVA - NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO EXIGIDO - IRRELEVÂNCIA RATIFICAÇÃO EM SEDE JUDICIAL - PROVA ROBUSTA - CONDENAÇÃO - REDUÇÃO DE PENA - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL - FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL - REINCIDÊNCIA - NÃO PROVIMENTO.

A inobservância do procedimento de reconhecimento estabelecido pelo art. 226, do Código de Processo Penal, não acarreta a nulidade da prova, mormente quando há ratificação judicial do ato e o conjunto probatório é suficiente para o juízo condenatório. Não há irregularidade na fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal, quando o magistrado fundamenta a negatividade de circunstância judicial ocorrente na espécie. Ainda que a pena privativa de liberdade seja inferior a 04 (quatro) anos, se o condenado é reincidente, inexiste óbice do estabelecimento do regime prisional semiaberto, mormente quando elementos concretos indicam a necessidade de imposição do estágio de regime mais gravoso. Apelação defensiva a que se nega provimento, em face do acerto da sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante a ilegalidade, ante a falta de fundamentação idônea, da decisão que manteve a pena-base acima do mínimo legal. Argumenta que "ao dosar a pena, o magistrado sentenciante utilizou-se apenas de elementos comuns ao tipo penal, além dos antecedentes criminais" (fl. 3).

Busca, ainda, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **c**, do Código Penal.

Prestadas as informações (fls. 68/88/), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (fls. 92/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 210.215 - MS (2011/0139792-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Pretende o impetrante a redução da pena-base ao mínimo legal, bem assim a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

De início, observo ser o recurso especial o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

O **habeas corpus** presta-se ao controle e revisão de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa da atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do **writ**, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que, a meu ver, somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação, o que não ocorre no caso dos autos, pois o magistrado apontou concretamente as razões que a levaram à exacerbação da pena do paciente.

Vejamos (fls. 29/33):

O condenado registra maus antecedentes, pois tem contra si condenação transitada em julgado, mas esta só será analisada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outra fase da dosimetria (agravante da reincidência). A conduta social é maculada, pois já se viu envolvido em outros episódios criminais (fls. 121/122, 126/129, 224). A personalidade é desconhecida (neutra). Os motivos são comuns ao tipo penal (neutra). As circunstâncias e as consequências não agravam o desvalor da ação e o desvalor do resultado (neutras). A vítima não concorreu para o crime. Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) da ação é de envergadura mediana. Diante disso, fixo a pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão. Presente a agravante genérica da reincidência (autos nº 59779, f. 224), aumento a pena de 6 meses, fixando-a em 2 anos de reclusão, a qual, a mingua de outras modificadoras, torno definitiva.

Assim, não diviso constrangimento ilegal a ser sanado na presente via.

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Condenação que transitou em julgado e a Defesa não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal na dosimetria da pena em sede de recurso especial - questões que também demandariam o revolvimento do contexto fático-probatório -, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. III. A apelação criminal interposta contra decisão do Júri tem caráter restrito, razão pela qual o Tribunal ad quem só pode conhecer das alegações suscitadas na irresignação, a teor da Súmula n.º 713 do Supremo Tribunal Federal.

IV. Não deve ser conhecido o writ por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

V. Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator. (HC n.º 189.195/ES, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJe 24/08/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colaciono, também, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal:

A - PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO ÂMBITO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. (ART. 12 C/C ART. 18, INCISO IV, DA LEI 6.368/76). DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DECISÃO FUNDAMENTADA. ILEGALIDADE. ABUSO DE PODER. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, INDEFERIDA.

1. O **habeas corpus** não é substitutivo de recurso ordinário máxime quando se pretende reavaliar o contexto fático-probatório para se alterar a dosimetria da pena imposta na condenação, suficientemente fundamentada e indene de ilegalidade ou abuso de poder apto a justificar a reforma da sua aplicação. (Precedentes: HC 107.488/PR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento em 14/6/2011; HC 104.902/SP, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento em 3/5/2011; HC 105.677/PE, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento em 24/5/2011.)

2. **In casu**, o paciente foi flagrado em sua cela na posse de 82 papérolas de maconha destinados à comercialização no interior do estabelecimento penal, sendo condenado como incurso nas sanções do artigo 12 c/c artigo 18, inciso IV, da Lei 6.368/76, restando a pena definitiva fixada em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 120 (cento e vinte) dias-multa.

3. A supressão de instância impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores, como v.g. ; a aplicação da causa especial de aumento. Writ não conhecido, no ponto. (Precedentes: HC 103.835/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010; HC 100.616/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 08/02/2011.) 4. Ordem parcialmente conhecida, e nessa parte, indeferida. (HC n.º 103658, Relator o Ministro LUIZ FUX, DJe de 13/09/2011.)

B - HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO LIMITE MÍNIMO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LIMITES COGNITIVOS DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. A constatação de que parte das circunstâncias judiciais é desfavorável ao condenado respalda a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR) exige que o Magistrado confira ao delito sanção condizente aos seus contornos objetivos e subjetivos, evitando se dispense a casos diferentes o mesmo tratamento penal.
3. A denúncia por homicídio simples não inibe o Juiz Presidente de se debruçar sobre a prova produzida, para o fim de extrair elementos necessários ao exame de todas as circunstâncias listadas no art. 59 do Código Penal, inclusive no tocante à culpabilidade, aos motivos e à dinâmica dos acontecimentos.
4. O reconhecimento da incorreção da aplicação da pena, quando não se trata de manifesta ilegalidade ou de indiscutível abuso do critério da discricionariedade, reclama percuente exame da prova, atividade incompatível com os limites tímidos e documentais do habeas corpus. Precedente.
5. Ordem denegada. (HC nº 107501, Relatora a Ministra CARMEN LÚCIA, DJe de 18/05/2011.)

Passo, pois, ao segundo pedido: modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

Razão não assiste ao impetrante. Isso porque, a teor da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto, ao **quantum** da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado. Devem ser consideradas as demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime que efetivamente se mostra mais adequado à repressão e prevenção do delito.

Nesse sentido:

A - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL GRAVE. (1) DOSIMETRIA. PENA BASE. INCREMENTO EXCESSIVO. MOTIVAÇÃO EM PARTE GENÉRICA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. PENA REDIMENSIONADA. (2) REGIME ABERTO. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (3) LAUDO COMPLEMENTAR. REALIZAÇÃO SEIS MESES APÓS O PRIMEIRO EXAME. INCAPACIDADE PARA OCUPAÇÕES HABITUAIS. RECONHECIMENTO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. A fixação da pena é uma operação lógica, formalmente estruturada, sendo imperioso promover-se a fundamentação em todas as suas etapas. A referência genérica aos termos da lei ou a fórmulas desligadas do contexto fático espelhado nos autos não autorizam a exasperação da reprimenda penal. Diante da reincidência, é inviável a fixação do regime inicial aberto.

2. O laudo complementar, peça indispensável para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*reconhecimento da gravidade da lesão corporal qualificada pela incapacidade para o exercício de ocupações habituais, elaborado seis meses após a primeira perícia não inquina **tout court** de nulidade a respectiva circunstância.*

3. Ordem concedida, em parte, para redimensionar a reprimenda corporal, aplicada nos autos da ação penal n. 005.02.059910-7, da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana/MS, para 1 ano, 4 meses e vinte dias de reclusão, mantida, no mais a sentença condenatória. (HC n.º 84.072/MS, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 7/2/2011.)

B - HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste o apontado constrangimento ilegal decorrente da ausência de cominação do regime aberto, tendo em vista que, muito embora tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal, o Paciente é reincidente. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação do regime prisional semiaberto, consoante a inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. 2. Ordem denegada. (HC n.º 207.986/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 17/10/2011.)

No caso, a escolha pelo regime semiaberto não se deu com base na gravidade abstrata do delito - como afirmado pelo impetrante -, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, notadamente diante da reincidência do paciente e das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

À vista do exposto, conheço em parte da impetração e, nessa extensão, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0139792-8

HC 210.215 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17050028711 20110006518

EM MESA

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FATIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOÃO JOSÉ DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.