



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.929 - SP (2011/0248281-9)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIANS SANTANA DA CRUZ
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE GODOY

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL IMPOSTO AO PACIENTE. DECRETO CONDENATÓRIO AINDA NÃO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO IMPOSTO COM BASE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. PACIENTES PRIMÁRIOS. PENAS BASES FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”.

III. Na hipótese, a condenação sequer transitou em julgado para a defesa e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual se infere flagrante ilegalidade na dosimetria das penas, vez que a sentença foi proferida em sentido contrário à Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

V. Juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado aos pacientes que não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculados de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como na hipótese dos autos (Súmula/STJ n.º 440).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.929 - SP (2011/0248281-9)

RELATÓRIO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de WILLIANS SANTANA DA CRUZ e CARLOS HENRIQUE DE GODOY, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 4 (quatro) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação criminal. Roubo qualificado tentado. Apelo defensivo pretendendo a absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto ou a fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Inocorrência. Conjunto probatório robusto a embasar o decreto condenatório. Conduta que perfeitamente se coaduna ao crime de roubo qualificado tentado. Regime inicial semi-aberto mantido, em face do princípio da suficiência. Recurso improvido." (fl. 16)

No presente writ, a defesa alega que o regime mais gravoso foi fixado tão somente em razão da gravidade do delito. Requer a aplicação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda, citando a seu favor as Súmulas 718/ 719/STF e 440/STJ.

Informações prestadas às fls. 43/72.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão da ordem (fls. 76/79).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.929 - SP (2011/0248281-9)

VOTO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de WILLIANS SANTANA DA CRUZ e CARLOS HENRIQUE DE GODOY, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 4 (quatro) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão de fls. 15/31.

No presente *writ*, a defesa alega que o regime mais gravoso foi fixado tão somente em razão da gravidade do delito. Requer a aplicação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda, citando a seu favor as Súmulas 718/ 719/STF e 440/STJ.

Passo à análise da irresignação.

Constata-se que o julgamento colegiado da apelação ocorreu no dia 16.6.2011. Mediante consulta ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se, ainda, que não há informação de que ocorreu o trânsito em julgado do acórdão para a defesa, que denota não ter a impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Contudo, do exame dos autos, constata-se flagrante constrangimento ilegal imposto ao paciente. O magistrado sentenciante ao fixar o regime assim consignou:

“Na fase do artigo 59 do Código Penal, considerando especialmente a falta de antecedentes relevantes dos acusados, fixo as penas no menor patamar, sendo o dia-multa no mínimo legal, à mingua de outras informações sobre suas situações financeiras.

(...)

Ante a gravidade do crime de roubo, praticado contra vítima adolescente, por assaltantes em superioridade numérica, situação esta que causa profundo temor e sensação de insegurança, denotando ainda personalidade comprometida, fatores estes que apenas não foram considerados na dosimetria da pena porque se deu prevalência à ausência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de antecedentes, fixo o regime semi-aberto como inicial, único adequado a este tipo de crime." (fls. 12/13)

O Tribunal *a quo*, por seu turno, manteve o regime fixado na sentença, sob os seguintes fundamentos:

"O regime prisional inicial fechado é o mais adequado para a prevenção e reprovação de crime desta natureza, face ao princípio da suficiência, contudo, por tratar-se de recurso da defesa, não tendo o Ministério Público, recorrido, fica mantido o regime inicial semi-aberto". (fl. 31)

Verifica-se que a imposição do regime prisional foi imposto em sentido contrário ao do verbete da Súmula/STJ 440, que preleciona:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Nos termos da súmula alhures transcrita, o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, desvinculado-se de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como na hipótese dos autos.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestes o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis e, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva"

(HC 162033/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010).

In casu, verificando-se no juízo processante que se trata de réus primários, cujas penas bases foram fixadas no mínimo legal, sendo-lhes imposta pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, possibilita-se a fixação de regime diverso do semiaberto.

Diante disso, deve ser reformado o acórdão *a quo* para estabelecer o regime inicialmente aberto para o desconto da pena imposta.

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0248281-9

HC 221.929 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14812007 50070812390 812393220078260050 990081366576

EM MESA

JULGADO: 01/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

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 : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIANS SANTANA DA CRUZ
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE GODOY

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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