



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.376 - SP (2011/0251430-4)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : PAULO ARTHUR ARAUJO DE LIMA RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOCIMAR JESUS NASCIMENTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. SÚMULA Nº 440/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. PENA-BASE FIXADA 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 transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, nos fundamentos da condenação criminal e da dosimetria da pena, em sede de recurso especial - questões que, ademais, demandariam o revolvimento do contexto fático-probatório -, preferindo a utilização do “writ” em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. 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, se desvinculado de qualquer fator concreto, que não a própria conduta delituosa, máxime quando o réu é primário e a pena-base for fixada no mínimo legal (Súmula/STJ nº 440).

V. Deve ser reformado o acórdão *a quo* para estabelecer o regime inicialmente semiaberto para desconto da pena imposta.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.376 - SP (2011/0251430-4)

RELATÓRIO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de JOCIMAR JESUS NASCIMENTO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir a pena aplicada para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se o regime inicialmente fechado, nos termos do acórdão de fls. 6/13.

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. 23/35.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão da ordem (fls. 53/57).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.376 - SP (2011/0251430-4)

VOTO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de JOCIMAR JESUS NASCIMENTO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir a pena aplicada para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se o regime inicialmente fechado, nos termos do acórdão de fls. 6/13.

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.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que o julgamento do apelo ocorreu em 13.4.2011, não tendo sido interposto qualquer outro recurso, ocorrendo o trânsito em julgado para defesa em 3.11.2011.

Note-se que a defesa não buscou o exame da irresignação em grau de cognição mais amplo, optando-se, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeitados, em homenagem à própria Constituição.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo 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 valorar as circunstâncias judiciais assim consignou:

“Na fase do artigo 59 do Código Penal, considerando as circunstâncias do delito, tenho que é de rigor a fixação da pena base acima do piso legal.

No caso dos autos houve não apenas grave ameaça, mas violência real, o que sem dúvida alguma torna a conduta mais grave e gera maiores consequências para a vítima, sob o aspecto físico e psicológico. Além disso, ficou evidente a insistência dos roubadores na subtração, permanecendo na execução mesmo ante a reação inicial da vítima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recusando-se a entregar seus pertences.

Ainda mais, muito embora o réu não possa ser considerado reincidente, já que quando dos fatos narrados ainda não havia sido condenado de forma definitiva, não há dúvidas de que veio a praticar o crime destes autos quando já respondia por outras acusações de crime contra o patrimônio, uma delas com condenação em primeiro grau (fls. 57 e 60), circunstância esta que denota o grau de comprometimento de sua personalidade.

Realmente, independente de eventual resultado do outro processo, o fato é que o réu praticou o delito aqui apurado quando já respondia a outra acusação semelhante, o que indica profundo destemor pelas atividades estatais de segurança pública e aplicação da lei penal, permanecendo intransigente na insistência em praticar este tipo de crime.

De fato, mesmo que em tese o réu venha a ser absolvido em recurso contra aquela condenação, não é razoável que alguém que esteja respondendo a um processo venha a, no curso deste, praticar justamente o mesmo crime do qual já é acusado. Isso só ocorre quando tal pessoa tem sua personalidade marcadamente comprometida, como dito acima.

Qualquer pessoa com seus freios morais minimamente preservados, ainda que esteja sendo acusada de um crime que não tenha praticado, irá tomar redobrado cuidado em não vir a praticar outro crime semelhante ao pelo qual já responde a processo criminal. Não foi, porém, o que fez o réu.

Assim, ainda que tecnicamente não caracterizados os maus antecedentes, é perfeitamente possível fazer-se uma avaliação sobre a personalidade do réu e concluir-se pelo seu elevado grau de comprometimento, evidenciando assim a necessidade de aumento de sua pena na fase do artigo 59 do Código Penal, adequando-a ao reprovável comportamento do acusado, e sem que com isso haja qualquer violação ao princípio da inocência.

E isso sem mencionar ainda o fato confirmado pelo réu de que veio a praticar este crime poucas semanas após ser colocado em liberdade, o que indica ainda ais o quanto é voltado ao envolvimento com delitos.

Assim, na primeira fase da dosimetria, fixo a pena base do réu em cinco anos de reclusão.

(...)

Ante todas as circunstâncias negativas acima indicadas, sendo certo que mesmo a prisão cautelar no outro processo não lhe foi suficiente a dissuadi-lo de voltar a delinquir, fica evidente que o regime inicial semiaberto é de todo insuficiente, daí por que aplico o fechado."

O Tribunal *a quo*, por seu turno, reformou a sentença em relação ao quantum da pena aplicada. Entretanto, manteve o regime fixado na sentença, sob os seguintes argumentos:

"No caso, impõe-se a redução das penas impostas ao apelante, pois o MM. Juiz de Primeira Instância, na dosimetria penal, em atendimento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e sob o fundamento de que (...), fixou-lhe a pena-base, acima do mínimo legal, ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja, 5 (cinco) anos de reclusão, o que não se mostra adequado, porque a gravidade do delito já está ínsita na severidade da sanção, constituindo a violência elementar do crime de roubo, registrado, também, que as certidões de fls. 57 e 60 não servem para caracterizar reincidência, mas antecedentes ou conduta voltada para o crime, já que sem resultado final das ações nelas mencionas, razão pela qual, nesta oportunidade, melhor será reduzi-las para o mínimo legal - 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (...).

Por derradeiro, o pleito defensivo de alteração do regime prisional para o semiaberto não pode ser acolhido, por duas razões principais: a uma, porque foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de roubo qualificado (concurso de agentes), como público e notório, é de intensa gravidade, trazendo à população ordeira, outrossim, desassossego, temor e insegurança, a ponto de provocar evidente clamor público, pela periculosidade e ousadia externadas, quando da prática do ilícito, que campeia solta, no momento atual, fazendo com que pessoas de bem fiquem enclausuradas, em suas residências, enquanto perigosos criminosos desfrutam da mais ampla e irrestrita liberdade de locomoção, a qualquer hora do dia ou da noite, exigindo, por isso, resposta penal dura, severa e proporcional, sob pena de ver-se rompida a ordem pública, pelo que se privilegia o regime prisional fechado, pois o única cabível nos delitos de roubo, na esteira de entendimento jurisprudencial erigido à espécie, a saber: (...) (fls. 8/12)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 incontestado o 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 réu primário e de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo-lhe imposta pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, possibilita-se a fixação de regime diverso do fechado.

Diante disso, deve ser reformado o acórdão *a quo* para estabelecer o regime inicialmente semiaberto 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: 2011/0251430-4

HC 222.376 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 359766920108260050 50100359760 7872010 990105298630

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 : PAULO ARTHUR ARAUJO DE LIMA RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOCIMAR JESUS NASCIMENTO

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.