



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.184 - SP (2011/0300855-4)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : MARLI SILVA GONÇALEZ ROBBA
ADVOGADO : MARLI SILVA GONCALEZ ROBBA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R DE O (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. MATÉRIA DE DIREITO CONSOLIDADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SÚMULA 440/STJ. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a modificação de regime nem mesmo em sede de apelação, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

II. Não tendo os argumentos da impetração sido objeto de debate e decisão nas instâncias ordinárias, esta Corte fica impedida de apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

III. Contudo, tal circunstância não impede a concessão da ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal *a quo* reveja o regime prisional, quando a matéria for de Direito e não demandar qualquer incursão probatória, encontrando-se, inclusive, sumulada nos Tribunais Superiores. Aplicação da Súmula 440/STJ.

IV. *Writ* não conhecido, ordem concedida de ofício, 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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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), 27 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.184 - SP (2011/0300855-4)

RELATÓRIO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de R de O, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado no juízo singular à pena privativa de liberdade de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática da conduta descrita no art. 214, c.c art. 224, ambos do Código Penal e à pena privativa de liberdade de 01 mês de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao art. 12 da Lei n.º 10.826/03.

Em grau de recurso, o Tribunal *a quo* reformou a sentença para reduzir a reprimenda do crime de atentado violento ao pudor para 06 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e absolver o paciente pelo delito de posse de arma de fogo.

Visando à expedição de alvará de soltura, ao argumento de erro material no acórdão proferido em sede de apelação no que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, a defesa impetrou a ordem na origem, sob a alegação de que a sentença fixara o regime inicial aberto e o Tribunal *a quo* não se manifestou a respeito.

A Corte de origem indeferiu liminarmente a impetração, dizendo ser incompetente para o julgamento do referido *habeas corpus*.

No presente *writ* a defesa aduz erro material no tocante à inobservância do início do cumprimento da pena privativa de liberdade, que deveria ser desde o início em regime aberto, tanto pela sentença como pelo acórdão proferido em sede de apelação, conforme Lei n. 11.464/2007 e Súmula 719/STF.

Requer, liminarmente e no mérito, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

A liminar foi indeferida à fl. 34.

As informações foram prestadas às fls. 41/72.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se às fls. 76/79 pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.184 - SP (2011/0300855-4)

VOTO

MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de R de O, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado no juízo singular à pena privativa de liberdade de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática da conduta descrita no art. 214, c.c art. 224, ambos do Código Penal e à pena privativa de liberdade de 01 mês de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao art. 12 da Lei n.º 10.826/03.

Em grau de recurso, o Tribunal *a quo* reformou a sentença para reduzir a reprimenda do crime de atentado violento ao pudor para 06 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e absolver o paciente pelo delito de posse de arma de fogo.

Visando à expedição de alvará de soltura, ao argumento de erro material no acórdão proferido em sede de apelação no que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, a defesa impetrou a ordem na origem, sob a alegação de que a sentença fixara o regime inicial aberto e o Tribunal *a quo* não se manifestou a respeito.

A Corte de origem indeferiu liminarmente a impetração, dizendo ser incompetente para o julgamento do referido *habeas corpus*.

No presente *writ* a defesa aduz erro material no tocante à inobservância do início do cumprimento da pena privativa de liberdade, que deveria ser desde o início em regime aberto, tanto pela sentença como pelo acórdão proferido em sede de apelação, conforme Lei n. 11.464/2007 e Súmula 719/STF.

Requer, liminarmente e no mérito, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Passo à análise da irresignação.

Vê-se que a Defensoria Pública não buscou o exame da irresignação em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar 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.

No entanto, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e, forçosamente, deslocar para os Tribunais Superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias.

Consultando os autos, verifica-se que nem mesmo em sede de apelação a defesa pugnou pela fixação de regime menos gravoso que o fixado no decreto condenatório de primeiro grau.

É o que se infere do fragmento abaixo, extraído do voto condutor do acórdão na Corte de origem, *in verbis*:

"Inconformado, recorre o réu (fls. 163/176), perseguindo a absolvição sob o fundamento da insuficiência probatória quanto ao crime de atentado violento ao pudor, e atipicidade da conduta quanto ao crime de posse irregular de arma de fogo." (fl. 16).

Assim, a matéria deduzida nesta impetração não foi submetida a debate e julgamento no Tribunal *a quo*, o que impede sua apreciação nesta Instância Especial, sob pena de indevida supressão de instância.

A ratificar este entendimento:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO PROCESSUAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. TEMA NÃO TRATADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. GRUPO ORGANIZADO. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ESPECÍFICA DA CONDUTA. QUANTIDADE DE DROGA. CAUTELARIDADE PRESENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO.

À minguia de apreciação, pela Corte de origem, de tema acerca do excesso de prazo, resta inviável este Tribunal dele tratar, sob pena de supressão de instância.

(...)

Ordem conhecida em parte e, nessa parte, denegada."

(HC 160.395/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. CUSTÓDIA MANTIDA A BEM DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO NÃO VERIFICADO.

(...)

EXCESSO DE PRAZO. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se conhece do writ no que pertine à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista não se tratar de questão analisada pela Corte a quo, evitando-se, assim, a ocorrência indevida supressão de instância (Precedentes).

2. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada."
(HC 163.769/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 11/10/2010)

Contudo, tal circunstância não impede a concessão da ordem, de ofício, para determinar que a Corte estadual observe a jurisprudência sumulada nos Tribunais Superiores, no tocante à dosimetria da pena, pois a matéria é de Direito e não demanda qualquer incursão probatória.

O Tribunal local ao reduzir a pena base ao mínimo legal, consignou não haver qualquer circunstância do art. 59 do Código Penal desfavorável ao paciente. Eis os fundamentos do acórdão, na parte que interessa (fl. 20):

"Todavia, no que concerne à dosimetria da pena, consigne-se que ela está a merecer reparo.

Respeitados os argumentos expostos pelo juízo monocrático, não há prova de que a vítima passou a ter problemas psicológicos em decorrência do delito, já que não consta dos autos nenhuma avaliação psicológica nesse sentido, o que não pode ser inferido somente do relato da tia da vítima, razão pela deve a reprimenda retornar ao seu patamar mínimo legal, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão, tornando-a definitiva à mingua de outras causas modificadoras."

Além disso, o crime foi cometido antes da vigência da Lei n.º 11.464/07, devendo aplicar-se o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, que preceitua a fixação do regime prisional para o cumprimento da pena reclusiva de acordo com a quantidade de pena aplicada.

Neste aspecto, incide o Enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte, *in verbis*:

"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"

Feitas estas considerações, concedo a ordem de ofício, para que o Tribunal *a quo* fixe nova dosimetria da pena, especificamente no que se refere à modificação do regime prisional, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0300855-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 228.184 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1112006 2860142320118260000 590120060006166 9302006 9303120068260059

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARLI SILVA GONÇALEZ ROBBA
ADVOGADO : MARLI SILVA GONCALEZ ROBBA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R DE O (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, 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.