



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.980 - SP (2011/0078307-9)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : PAULA BARBOSA CARDOSO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLÉBER OLIVEIRA COSTA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PARCIAL PROVIMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA. OCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Conquanto o uso do *mandamus* 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. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, no tocante aos fundamentos da dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. Há nítida *reformatio in pejus* quando o Tribunal *a quo* agrava a situação do paciente em recurso exclusivo da Defesa. Não obstante ter dado parcial provimento ao recurso, majorou a sanção do apelante para o patamar de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

IV. Deve ser cassar o acórdão recorrido, tão-somente na parte relativa à dosimetria da reprimenda, a fim de que seja mantido o *quantum* da pena aplicada ao paciente pelo Juízo de 1º grau (07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 17 dias-multa), uma vez já ter ocorrido trânsito em julgado da condenação.

V. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.980 - SP (2011/0078307-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de KLÉBER OLIVEIRA COSTA, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n.º 990.10.153515-7, assim ementado:

"ROUBO QUALIFICADO - Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação dos réus - Impossibilidade de desclassificação para a forma tentada e de reconhecimento de crime único - Qualificadoras bem reconhecidas Prescindibilidade de apreensão de arma para o reconhecimento da qualificadora - Apesar de serem três qualificadoras, aumento de um terço, mantido o regime de seu cumprimento para um correu reincidente - Aplicação do artigo 33, § 2º, letra "b", do Código Penal para a fixação do regime inicial do cumprimento de pena para correu não reincidente Impossibilidade de fixação de indenização civil sem o pedido formal da vítima, com a apresentação dos valores e provas suficientes do prejuízo - Ofensa ao princípio da ampla defesa - Recurso provido em parte." (fl. 18).

Consta dos autos que o paciente, juntamente com outro corréu, foi condenado em 05.08.2009, no Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, a cumprir pena privativa de liberdade de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 17 dias-multa, por estar incurso nas penas do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Não se conformando com o decreto condenatório, a Defesa interpôs recurso no Tribunal *a quo* em favor de ambos os condenados, buscando a absolvição do paciente, sob o argumento de negativa de autoria e insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnava pela desclassificação do delito para a forma tentada, com o afastamento das majorantes decorrentes do emprego de arma e privação de liberdade da vítima, a redução da reprimenda em face das causas de aumento da pena remanescentes e a fixação de regime mais brando no resgate da sanção imposta.

Em julgamento colegiado ocorrido na sessão do dia 18.11.2010, a Corte estadual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorou a reprimenda do apelante KLÉBER para o patamar de 07 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial mais gravoso, além do pagamento de 16 dias-multa.

Nesta impetração, alega-se constrangimento ilegal asseverando que *"em razão de recurso exclusivo da defesa, o paciente teve a pena majorada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que não é admitido pelo sistema processual penal pátrio."* (fl. 02).

Requeru a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para o fim de declarar a nulidade do acórdão recorrido e determinar que outro julgamento seja realizado na Corte estadual.

A medida de urgência foi indeferida às fls. 29/30.

Devidamente instruído, os autos foram encaminhados à Subprocuradoria Geral da República, oportunidade em que o *Parquet* se manifestou às fls. 38/42 pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.980 - SP (2011/0078307-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de KLÉBER OLIVEIRA COSTA, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n.º 990.10.153515-7.

Consta dos autos que o paciente, juntamente com outro corréu, foi condenado em 05.08.2009, no Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, a cumprir pena privativa de liberdade de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 17 dias-multa, por estar incurso nas penas do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Não se conformando com o decreto condenatório, a Defesa interpôs recurso no Tribunal *a quo* em favor de ambos os condenados, buscando a absolvição do paciente, sob o argumento de negativa de autoria e insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugnavam pela desclassificação do delito para a forma tentada, com o afastamento das majorantes decorrentes do emprego de arma e privação de liberdade da vítima, a redução da reprimenda em face das causas de aumento da pena remanescentes e a fixação de regime mais brando no resgate da sanção imposta.

Em julgamento colegiado ocorrido na sessão do dia 18.11.2010, a Corte estadual majorou a reprimenda do apelante KLÉBER para o patamar de 07 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial mais gravoso, além do pagamento de 16 dias-multa. O *decisum* restou ementado à fl. 18.

Nesta impetração, alega-se constrangimento ilegal asseverando que "*em razão de recurso exclusivo da defesa, o paciente teve a pena majorada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que não é admitido pelo sistema processual penal pátrio.*" (fl. 02).

Requeru a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para o fim de declarar a nulidade do acórdão recorrido e determinar que outro julgamento seja realizado na Corte estadual.

Passo à análise da irresignação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, há que se destacar, mediante consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constata-se no andamento processual que a vara de origem informou ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação no dia 09.05.2011, o que denota não ter a Defensoria Pública buscado o exame da irresignação 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.

Na linha do posicionamento que venho adotando nesta Corte, há que 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.

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.

A questão posta neste *writ* é exemplar pois 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.

Contudo, do exame dos autos, constata-se flagrante constrangimento ilegal imposto ao paciente. *In casu*, o Juízo processante, quando impôs a sanção, asseverou, no que interessa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Bem sopesados os elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, consistente em 4 anos de reclusão, considerando a condenação anterior somente para fins de reincidência, a fim de evitar o bis in idem, e não equiparando processo em curso a maus antecedentes em razão da presunção de inocência.

A reincidência de Kleber eleva sua pena em 1/6, perfazendo 4 anos e 8 meses. A confissão, por sua vez, reconduz a reprimenda ao mínimo legal, equiparadas às condições de cunho subjetivo por revelar arrependimento e contribuir para elucidação dos fatos. A menoridade fica prejudicada, descabendo redução aquém do mínimo legal, nesta fase, que não afronta a individualização da pena, realizada por outros critérios previstos em lei para quantificação e cumprimento. Não há outras circunstâncias agravantes e atenuantes. Aplicados os mesmos critérios, a pena pecuniária permanece em 10 (dez) dias-multa.

O regime de cumprimento deverá ser, inicialmente, o fechado, tendo em vista a reincidência de Kleber, a quantidade da pena, a gravidade do delito, o emprego de arma e restrição de liberdade alheia, a ação ousada e premeditada dos acusados. Na fixação do modo de execução da pena dever ser considerada, também, a resposta penal justa e proporcional à conduta. Pelas mesmas razões, inviável a aplicação de reprimenda alternativa ou de 'sursis'.

Em face do exposto e do mais que consta dos autos, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para CONDENAR os réus (...) e KLEBER DE OLIVEIRA COSTA, qualificados nos autos, como incursos, por duas vezes, no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I, II e V, na forma do art. 70, todos do Código Penal, no cumprimento das penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado (...)." (fls. 12/13, grifei).

A Corte estadual, em recurso exclusivo da defesa, fundamentou a majoração nestes termos:

"Considerado, então, o crime consumado e triplamente qualificado, utilizando-se os mesmos critérios previstos na r. sentença de primeiro grau para a fixação da pena base, ou seja, em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, acrescido de um sexto para o correu Kleber, em razão de sua comprovada reincidência (fls. 89), ficando em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, aumentando-se para ambos os corréus de um terço pelas qualificadoras, restando em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa para o correu Kleber e 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa para o correu (...), **impondo-se, ainda, o aumento de um sexto pelo concurso formal, chega-se ao total de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa para o correu Kleber e 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa para o correu (...), permanecendo, para o correu Kleber, o regime inicial fechado**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o cumprimento da pena privativa de liberdade, por ser ele reincidente." (fl. 22, sem destaque no original).

Desta forma, configurada está a nítida *reformatio in pejus* praticada pelo Tribunal *a quo*, porquanto agravou a situação do paciente em recurso exclusivo da Defesa, não obstante ter dado parcial provimento ao recurso.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. ACRÉSCIMO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE JUSTIFICATIVA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JUSTIFICAR O AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. CORRÉU EM SITUAÇÃO IDÊNTICA À DO PACIENTE. EXTENSÃO DOS EFEITOS. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. Não pode o Tribunal de Justiça inovar na fundamentação trazida na sentença condenatória, em prejuízo do réu, no intuito de justificar o aumento da pena em razão das majorantes do roubo, tendo em vista que somente a defesa apelou, vedada a reformatio in pejus.

(...)

4. Ordem concedida para, reduzindo o coeficiente de aumento relativo às majorantes do roubo em um terço, fixar a pena imposta ao paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 dias-multa, estendendo, de ofício, os efeitos desta decisão ao corrêu Josiclei das Dores Pereira da Silva.

(HC 166.095/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/06/2010)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. REGIME INICIAL. PACIENTE EM LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM PREJUDICADA EM PARTE E, NO MAIS, CONCEDIDA.

(...)

5. O recurso exclusivo da defesa impede qualquer alteração do disposto na sentença em prejuízo do réu, motivo pelo qual não se admite a complementação, pelo Tribunal a quo, de fundamentação para a majoração da pena-base em razão da presença de mais de uma majorante, sob pena de indevida reformatio in pejus.

(...)

7. Ordem julgada prejudicada em parte e, no mais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedida, para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal e, em decorrência da existência de outras duas majorantes, aplicar a fração de 1/3 (um terço), reduzindo as penas privativa de liberdade e de multa fixadas pelo Juízo de primeiro grau."

(HC 98.238/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 22/03/2010)

Portanto, deve ser concedida a ordem de ofício, para o fim de cassar o acórdão recorrido, tão-somente na parte relativa à dosimetria da reprimenda, a fim de que seja mantido o *quantum* da pena aplicada ao paciente pelo Juízo de 1º grau, uma vez já ter ocorrido trânsito em julgado da condenação.

Com estas considerações, não conheço do presente *writ*, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais, mas concedo a ordem de ofício, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0078307-9

HC 202.980 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1252009 990101535157

EM MESA

JULGADO: 01/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULA BARBOSA CARDOSO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KLÉBER OLIVEIRA COSTA

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, 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 e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.