



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.490 - SP (2012/0264672-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVAN REIS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL EXTRAJUDICIAL RATIFICADO POR RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO JUDICIAL. LEGALIDADE. PROVA PRODUZIDA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS PARA FUNDAMENTAR O ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*.

1. Não há que se falar em nulidade se o paciente foi reconhecido pessoalmente na fase policial pelas vítimas, e tal afirmação foi ratificada em juízo, ainda que por apenas uma delas e através de fotografia, mas sob o crivo do contraditório. Ademais, a versão apresentada pela defesa do paciente para comprovar sua inocência foi afastada pela Corte *a quo*, tendo em vista a comprovação de que não estaria preso à época dos fatos.

2. A alegada inexistência de provas idôneas a fundamentar a prolação de édito repressivo, o que ensejaria a pretendida absolvição, é questão que demanda aprofundada análise de provas, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão das peculiaridades do seu rito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimental.

3. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do *habeas corpus* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

DOSIMETRIA. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DE PENA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ESCOLHA DO QUANTUM DE AUMENTO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas especiais de aumento previstas no § 2.º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a fração de aumento em 3/8 (três oitavos) na terceira etapa da dosimetria não foi aplicada apenas com base na quantidade de majorantes, mas em razão das particularidades do caso concreto, indicadoras da necessidade de maior reprovabilidade, não há o que se falar em constrangimento ilegal.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5.º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

2. Se a determinação da segregação pelo Tribunal de Origem é procedida sem que se fundamente a sua necessidade antes do trânsito em julgado da condenação, *ex vi* do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, resta caracterizado o constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

3. *Writ* não conhecido. *Habeas Corpus* concedido de ofício, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 09 de abril de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.490 - SP (2012/0264672-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVAN REIS DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de IVAN REIS DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora a 5.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0030447-16.2004.8.26.0071).

Narra a impetração que o paciente foi denunciado perante o Juízo da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Bauru/SP, nos autos da Ação Penal n.º 287/04, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, combinado com o art. 70, ambos do Código Penal.

O Juízo de primeiro grau julgou improcedente a denúncia, absolvendo o paciente com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu provimento para condenar o paciente, nos termos da denúncia, à pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, determinando a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta que o reconhecimento fotográfico não poderia ser considerado como meio de prova, tendo em vista a ausência de previsão legal para tanto.

Alega que teria havido violação ao art. 226 do Código de Processo Penal, na medida em que se deveria exigir da vítima que reconheceu o paciente como autor do delito a prévia descrição detalhada do acusado para somente após apresentar-lhe a fotografia.

Ressalta que o paciente teria sido preso pela prática de outro roubo, que teria gerado repercussão na mídia, o que teria induzido a vítima ao reconhecimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende que, afastado o reconhecimento fotográfico, a condenação do paciente teria se fundado exclusivamente em provas colhidas na fase inquisitorial, não confirmadas em juízo, razão pela qual o paciente deveria ser absolvido.

Invocando o enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte, aduz que na terceira fase da dosimetria a majoração deveria ter se dado no mínimo permitido em lei ou pouco acima desta fração, pois a maior ou menor exasperação não estaria atrelada ao número de causas de aumento de pena, mas a circunstâncias específicas destas.

Afirma, por fim, que a autoridade apontada como coatora determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente com base no único fundamento de que os recursos às Cortes Superiores não possuem efeito suspensivo.

Requer, liminarmente, seja concedida liberdade ao paciente até o trânsito em julgado da condenação. No mérito, pretende a absolvição do paciente ou, alternativamente, a redução da pena aplicada em seu desfavor.

A liminar foi indeferida às fls. 162/164.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 171/172.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 210/216, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.490 - SP (2012/0264672-0)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente e, subsidiariamente, a redução da pena e a concessão do direito a aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual condenação.

Prefacialmente, cumpre assinalar que o pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o recurso especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Ainda que assim não fosse, não se vislumbra qualquer ameaça ou coação ilegal ao direito de locomoção do paciente passível de ser remediado mediante *habeas corpus* de ofício.

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, tendo o Ministério Público assim narrado os fatos na peça de acusação (fls. 60/65):

Consta dos autos do incluso inquérito policial que os denunciados, agindo em concurso com a mesma unidade de desígnios e propósitos, no dia 25 de abril de 2005, por volta das 19hs30, no interior do estabelecimento comercial denominado "Eletro Ponto", sito a Rua Almeida Brandão no 11-16, nesta cidade, mediante ameaças de morte, exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram, para eles:

. R\$ 12.000,00 em dinheiro pertencente a vítima Ângelo Vaderlei Christianini;

. Uma aliança, anel, pulseira, corrente com pingente, todos em ouro 18 quilates, um telefone celular e um relógio Citizen, pertencentes à vítima Rodrigo;

. R\$ 90.000,00 em cheques diversos e aproximadamente R\$ 6.000,00 em dinheiro, além de vários talonários de diversos bancos pertencentes a vítima Irineu;

. R\$ 50.000,00 em dinheiro, 02 aparelhos celular e uma bolsa de couro vermelha, pertencente à vítima Ulisses.

Segundo apurado, no dia dos fatos, os denunciados, todos portando arma de fogo, invadiram o estabelecimento comercial denominado "Eletro Ponto".

Um era de cor morena, forte; outro branco, magro, loiro, olhos azuis, e o terceiro de cor clara, loiro, nariz grande.

Eles anunciaram o assalto, exibindo as armas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ameaçando as vítimas que lá estavam.

Dessa forma, conseguiram levar mais de R\$ 150.000,00 - cento e cinquenta mil reais, entre dinheiro, telefones celulares, cheques e joias.

Em seguida, evadiram-se.

Através dos números dos telefones celulares roubados, foram feitas diligências.

A polícia chegou até o proprietário do moto-táxi "Paraíso", Douglas Fernandes. Ele afirmou que o moto-taxista Marcos Antônio poderia dar maiores detalhes sobre o crime, reconhecendo o denunciado Zamir como uma pessoa que se utilizava dos serviços prestados por sua empresa.

Marcos Antônio, funcionário de tal local, disse que na época do roubo e conheceu o suspeito Jéter César dos Santos, também moto-taxista. Disse que ele levava o denunciado Zamir para diversos lugares, inclusive para seu local de trabalho, o qual trabalhava como garçom.

Através de denúncias anônimas, foi obtida a informação de que Douglas, Jéter e Nilson, utilizando de suas motocicletas, deram fuga para os autores do roubo.

No entanto, todos negaram qualquer serviço feito nas imediações do local dos fatos.

Realmente foi apontado relacionamento e total confiança entre os denunciados, mas nada comprometedor em relação aos averiguados Douglas, Jéter e Nilson.

Vê-se que os denunciados possuem várias passagens criminais, inclusive foram pegos em flagrante por roubo a Banco e trocaram tiros com a Polícia na fuga.

Atualmente, ao que parece, estão presos.

O denunciado Ivan, negou a autoria do crime em tela. Apurou-se, ainda, que logo após o crime ele comprou um veículo OM/Monza, o qual acabou sendo apreendido num estacionamento na avenida Rodrigues Alves.

Já o denunciado Jonislei, comprou uma casa localizada ao lado da residência do denunciado Ivan.

Por fim, o denunciado Zamir comprou uma motocicleta Titan. Havia informações de que ele havia depositado o restante do dinheiro numa poupança, no Banco Bradesco.

Restou demonstrado, ainda, nos autos que foi repassado no comércio de São José do Rio Preto, um cheque roubado das vítimas, no valor de R\$ 1.900,00.

A vítima Ângelo tomou conhecimento, ainda, que vários títulos foram depositados na cidade de Osasco.

Ao final, os denunciados foram reconhecidos pelas vítimas como sendo os autores do crime.

O Juízo da 1.^a Vara Criminal da comarca de Bauru/SP julgou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

improcedente a denúncia, *in verbis* (fls. 112/114):

No mérito, a ação penal é improcedente.

A materialidade do delito vem comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 10/12 e pela prova oral coligida.

A autoria, no entanto, é duvidosa, pois a prova dos autos é frágil e não autoriza a condenação dos réus.

A acusação sustenta o pedido de procedência da denúncia no reconhecimento feito pelo ofendido Irineu (fls. 377) e da testemunha Marcos Zagato (fls. 379), que teria visto um assaltante na rua, quando saiu da empresa, reconhecendo-o posteriormente.

Na fase policial (fls. 123), esta testemunha disse que viu os três assaltantes na esquina, quando passou por eles, reconhecendo um deles tempo depois do crime.

Na fase policial, Célio Ricardo (fls. 49), Irineu (fls. 52 e 51), reconheceram os réus por foto; Luiz Antônio (fls. 52), Ângelo (fls. 53), Marcos (fls. 54), Rodrigo (fls. 55 e 56), reconheceram os réus pessoalmente.

Em Juízo, Ângelo (fls. 291) disse que não pode reconhecer os réus com certeza; Rodrigo (fls. 294) disse que não teve condições de reconhecer ninguém; Luiz Antônio e Marcos (fls. 296 e 298) disseram ter reconhecido um deles.

Nenhum outro indício de autoria foi reportado nos autos, restando somente esses reconhecimentos.

Embora o reconhecimento de vítima em crime de roubo tenha grande valor probatório, é necessário que tal reconhecimento tenha um fundo de credibilidade amparado por outros indícios. Isoladamente, deve ser analisado com reservas e bem examinado para aquilatar o seu valor.

No caso dos autos, o reconhecimento foi feito algum tempo depois do fato e porque os réus foram presos em flagrante num roubo ocorrido no Núcleo Mary Dota, no qual houve perseguição e troca de tiros com a polícia, circunstância que poderia induzir o reconhecimento, até porque o fato foi divulgado na mídia.

Por que a vítima Rodrigo disse reconhecer os três réus com firmeza e clareza na fase policial, mas negar em juízo dizendo que não reconheceu ninguém?

Por que o ofendido Ângelo disse ter reconhecido o réu Ivan com firmeza e clareza, mas em juízo disse que ele tinha o mesmo tom da pele, porém não pode reconhecê-lo com certeza?

Isso levanta dúvida sobre a lisura do reconhecimento feito na fase policial.

A testemunha Alexandre (fls. 124) relatou que, ao sair da empresa, por volta de 18h30, viu três pessoas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

calçada, como se estivessem aguardando algo, sendo um senhor e dois rapazes. Chamado para reconhecimento, não reconheceu os réus.

Diante deste relato, havia mais pessoas suspeitas no local do fato, que poderiam ter sido os autores do crime.

Nenhum objeto do roubo foi localizado em poder dos acusados.

A polícia não conseguiu identificar quem estava com o celular da vítima Ulisses, que continuou sendo utilizado após o roubo (fls. 05/09).

Assim, havendo dúvidas a melhor solução é a absolvição dos réus, em obediência ao princípio "in dubio pro reo", pois é preferível absolver um culpado a condenar um possível inocente.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a ação penal, para ABSOLVER os réus IVAN REIS DOS SANTOS, ZAMIR CARVALHO TEIXEIRA e JONISLEI PINTO FERREIRA, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* deu provimento para condenar o paciente e os corréus, sob o seguinte fundamento (fls. 145/154):

Na fase investigatória, JONISLEI e IVAN permaneceram em silêncio (folhas 143 e 151). ZAMIR disse que desconhecia totalmente os fatos (folhas 160). Em juízo, IVAN negou a autoria do roubo, dizendo ter sido acusado injustamente, apenas porque se encontrava preso por outro roubo.

Contou que no dia dos fatos estava preso pelo roubo do Banespa. Destacou que sua mãe teve um veículo Monza, mas que não a ajudou a comprá-lo. Insistiu que não participou do roubo tratado nos autos e mencionou que o investigador de polícia Jeferson invadiu a casa de sua mãe por cerca de 10 vezes à procura de uma mala com o dinheiro subtraído (folhas 214).

(...)

Na polícia, a vítima Irineu reconheceu ZAMIR e IVAN pessoalmente como partícipes do roubo (folhas 50), além de ter reconhecido JONISLEI por fotografia (folhas 51). Ângelo também reconheceu IVAN pessoalmente como autor do delito (folhas 53). E Rodrigo igualmente reconheceu ZAMIR e IVAN pessoalmente e JONISLEI por fotografia, todos como partícipes do roubo tratado nos autos (folhas 55 e 56). Há nos autos, ainda, os reconhecimentos policiais das testemunhas presenciais Marcos Antonio Zagato e Luis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antonio da Silva, que apontaram IVAN como partícipe do roubo (folhas 52 e 54).

Em juízo, Ângelo, sócio da loja de materiais elétricos onde ocorreu o crime, confirmou que eram 3 os assaltantes. Destacou que o escritório fica nos fundos do prédio e que as paredes eram de vidro, razão pela qual pode ver que um deles ficou na entrada, rendendo o funcionário Rodrigo.

No cômodo ao lado onde estava, percebeu que havia um segundo assaltante, revirando as gavetas. Um terceiro agente empunhando arma, entrou no escritório, onde ele estava com Irineu Freitas e Luiz Antonio. O assaltante ordenou que Irineu e Luiz ficassem com o rosto de frente para a parede e, no mesmo instante, colocou a arma em sua nuca, exigindo que abrisse o cofre.

Destacou que, pelo nervosismo, não conseguiu atender sua ordem. Mencionou que a ação foi muito rápida e que não teve condições de guardar a fisionomia dos assaltantes. Confirmou a subtração das coisas e valores mencionados na denúncia, dentre eles R\$12.000,00 que estavam em sua gaveta. Disse que os cheques e os R\$6.000,00 eram da empresa. Destacou que Rodrigo também teve suas coisas pessoais subtraídas e que os agentes ainda subtraíram a bolsa, celulares e dinheiro (R\$50.000,00) de seu sócio Ulisses. Ressaltou que os 3 assaltantes estavam armados e que conseguiram sustar o pagamento de aproximadamente 80% dos cheques recebidos. Lembrou que alguns cheques foram apresentados em Campinas e Carapicuíba e disse que essas informações eram reportadas para a polícia. Aduziu que tomou conhecimento de que os acusados se envolveram em um assalto a uma agência do Banespa, e os policiais fizeram ligação com o roubo ocorrido em sua loja. Por fim, disse que o agente que havia lhe rendido tinha o mesmo tom de pele, mas não pode reconhecê-lo com certeza (folhas 291).

Irineu de Freitas Christianini relatou que estava com a vítima Ângelo na sala do escritório e que, pelas circunstâncias em que ficou ao ser rendido, teve condições de ver que eram três assaltantes. Um deles entrou no escritório, cujas paredes são de vidro, e onde estava com Ângelo e Luiz Antonio. Num cômodo ao lado, viu um segundo assaltante e conseguiu ver o terceiro com a vítima Rodrigo, que estava no caixa. Mencionou ter tido conhecimento de que os réus se envolveram em um assalto à agência do Banco Banespa e foram presos. Com isso, foi chamado à delegacia, onde reconheceu os 3 assaltantes. Reconheceu IVAN por fotografia (folhas 59 e 61), destacando que ele era o agente que entrou na sala onde ele estava.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reconheceu ZAMIR através das fotografias de folhas 61 e 63, mencionando que ele rendeu a vítima Rodrigo. E, por fim, reconheceu JONISLEI através das fotografias de folhas 64 e 65, salientando que era ele quem revirava a sala ao lado (folhas 293).

Rodrigo Zagato Christianini confirmou o roubo narrado na denúncia, dizendo que nada foi recuperado. Contou que veio a saber que a polícia chegou aos assaltantes em razão do envolvimento deles em outro roubo, praticado contra um banco, onde um deles saiu ferido. Disse que esteve no distrito policial para efetuar o reconhecimento, mas não teve condições de reconhecer (folhas 294).

Ulisses Vinicius Christianini, também sócio proprietário da loja, irmão de Ângelo e pai de Rodrigo, disse que estava no escritório com uma pessoa que dá suporte de informática para a empresa. Confirmou que a ação dos assaltantes foi muito rápida. Lembrou que falava com seu filho pelo telefone interno quando os agentes chegaram, destacando que ficou com o fone na orelha e que um dos assaltantes imaginava que ele estava chamando a polícia. Destacou que o telefone de Rodrigo ficou no viva-voz e que tudo o que foi falado repercutiu no telefone. Dentre as palavras dos agentes, foi mencionado polícia, e eles se apressaram, encerrando o assalto. Confirmou a subtração dos bens e valores mencionados na denúncia, destacando que nada foi recuperado. Disse que soube através de seu filho que os policiais chegaram aos assaltantes, porque estes teriam cometido um segundo roubo contra um banco. Como as características eram semelhantes às descritas no roubo em questão, foi feita uma relação de um fato com o outro. Por fim, disse que não foi ao distrito policial reconhecer os assaltantes (folhas 195).

Marcos Antonio Zagato, disse que trabalhava na loja e que já tinham fechado as portas no momento do roubo. Disse que, ao sair, cruzou com os assaltantes e somente no dia seguinte foi informado sobre o roubo.

Recordou-se que reconheceu os agentes na delegacia. Em razão do tempo decorrido, afirmou não ter mais condições de reconhecê-los (folhas 296).

Célio Ricardo Castelano, contou que prestava serviços de informática no estabelecimento e que estava em uma sala com a vítima Ulisses quando os fatos ocorreram. Destacou que um dos assaltantes invadiu a sala com uma arma na mão e exigiu dinheiro. Logo em seguida, uma outra pessoa se aproximou e falou para fugirem, dizendo “sujou, sujou”. Também ouviu dizer que a polícia chegou nos assaltantes e que eles se envolveram em assalto numa agência bancária (folhas 297).

Luis Antonio da Silva contou que estava na sala com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ângelo e Irineu quando do assalto. No decorrer das investigações foi chamado para eventual reconhecimento, recordando-se que conseguiu reconhecer um deles. Por fim, disse não ter mais condições de reconhecer os agentes (folhas 298).

A prova colhida, a meu ver, permite a condenação de todos os réus pelo roubo.

Os relatos das vítimas e das testemunhas presenciais, na polícia e em juízo, dão conta de que os réus entraram no estabelecimento armados e subtraíram quantia considerável em dinheiro e bens. Na polícia, ZAMIR e IVAN foram reconhecidos pessoalmente pelos ofendidos e testemunhas, e JONISLEI foi reconhecido por fotografia por dois dos ofendidos. Além disso, em juízo, a vítima Irineu reconheceu com segurança os 3 acusados, ainda que por fotografia, mencionando a ação de cada qual na empreitada criminosa.

Ressalte-se que ainda que o reconhecimento judicial tenha sido feito por fotografias (e fotografias nítidas), ele guarda segurança quanto à participação dos acusados no evento, mormente pela certeza e pela coerência com os demais depoimentos.

A despeito, pois, da ausência de reconhecimento em juízo pela maioria das vítimas e testemunhas, o que é natural e pode ser perfeitamente atribuído ao tempo decorrido (o crime ocorreu em abril de 2003, os reconhecimentos na polícia foram efetuados em julho de 2003 e só foram ouvidas em juízo em julho de 2009), o fato objetivo é que elas relataram os fatos de forma coerente e precisa. Todos relataram que eram 3 os agentes e que estavam armados, destacando que a polícia chegou até eles em razão do envolvimento em outro roubo, praticado contra uma agência bancária.

Ressalte-se que a testemunha Marcos mencionou em juízo ter reconhecido os assaltantes na delegacia, e Luis Antonio também lembrou ter reconhecido um deles na fase investigatória.

Nunca é demais lembrar que a palavra do ofendido, nos delitos de roubo, assume papel de importância capital, porque, em regra, é ele quem visualiza o agente e sua conduta. E quando os relatos se revestem de coerência, robustez e segurança e não demonstram qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto, devem ser aceitos como elementos hábeis à condenação, suportando os acusados, então, o ônus de contrastá-los, o que, na espécie, não foi feito.

O quadro trazido aos autos não deixa dúvida sobre a autoria do roubo. É bom insistir. Muito embora a maioria das vítimas e testemunhas não tenha reconhecido os acusados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicialmente, em razão do tempo decorrido, a vítima Irineu reconheceu-os por fotografia em juízo, confirmando os reconhecimentos realizados na fase investigatória e esclarecendo a participação de cada qual na empreitada criminosa. E o depoimento de Irineu está em sintonia os demais relatos colhidos nos autos e com os reconhecimentos na polícia.

A versão apresentada por IVAN e ZAMIR, de que estavam presos no dia dos fatos, não encontra respaldo nos autos. A folha de antecedentes de IVAN revela que ele foi progredido ao regime semiaberto em 22 de novembro de 2002. O benefício foi sustado em 9 de abril de 2003, mas há notícia de sua prisão apenas em 23 de outubro de 2003, oportunidade em que foi cumprido um mandado de prisão preventivo, em relação a um roubo praticado na Comarca de Sorocaba. E ZAMIR também estava em liberdade, cumprindo pena em regime aberto, tendo sido expedido alvará de soltura em 2 de setembro de 2002.

A condenação, assim, era mesmo de rigor.

Pois bem. Inicialmente, no que se refere à alegada ilegalidade do reconhecimento fotográfico, o pleito não merece acolhida.

Isso porque, da leitura do acórdão objurgado, percebe-se, com clareza, que o édito repressivo não foi prolatado com fundamento unicamente no reconhecimento extrajudicial dos acusados, mas com esteio nos depoimentos prestados em juízo, ocasião em que o paciente também foi identificado por uma das vítimas.

Não há que se falar em nulidade se o paciente foi reconhecido pessoalmente na fase policial pelas vítimas, posteriormente ratificado em juízo, ainda que por apenas uma delas e através de fotografia, mas sob o crivo do contraditório. Ademais, a versão apresentada pela defesa do paciente para comprovar sua inocência foi afastada pela Corte *a quo*, que demonstrou que este não estava preso à época dos fatos.

A corroborar a validade do reconhecimento fotográfico realizado sob o crivo do contraditório, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E RATIFICADO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 4. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELAS VÍTIMAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, o reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para formar a convicção do magistrado e lastrear o édito condenatório, notadamente quando corroborado por outros elementos probatórios, inexistindo, portanto, ilegalidade manifesta a ser reparada.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 248.400/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012.)

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS SEM A PRESENÇA DO DENUNCIADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROVA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. POSSIBILIDADE.

(...)

2. O reconhecimento fotográfico, acompanhado de outras provas, justifica o regular processamento da ação penal e pode servir de elemento de convicção do Juiz. Precedentes.

3. Ordem denegada. (HC 120.867/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 03/02/2012.)

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO, ANTE A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO DA AUTORIA. TESE QUE NÃO PODE PROSPERAR. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E RATIFICADO EM JUÍZO. CONVICÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO COMPETE A ESTA CORTE INFIRMAR, MORMENTE NA VIA PROCESSUAL ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENEGADA.

1. Não se mostra possível, na espécie, infirmar a convicção dos graus de jurisdição antecedentes acerca da materialidade e autoria na hipótese. O remédio constitucional do *habeas corpus* não é a via processual adequada para a análise fático-probatória, tarefa atribuível às instâncias ordinárias - soberanas quanto a tal discussão.

2. Ainda que assim não o fosse, a tese de fragilidade da prova da autoria, baseada apenas na oitiva da vítima, não pode prosperar, pois "[o] reconhecimento fotográfico do acusado [realizado na fase inquisitorial], quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório" (STF, HC 104.404/MT, 1.^a Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 29/11/2010).

3. Writ denegado. (HC 214.644/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011.)

Ademais, da leitura do aresto objurgado, constata-se que a autoridade apontada como coatora, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando a prolação de condenação não apenas nos reconhecimentos feitos na fase inquisitorial, mas no reconhecimento fotográfico e nos depoimentos prestados durante a instrução processual.

Frise-se que, para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *mandamus* não permite análise dilatada de prova no intuito de se avaliar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que a sentença apresentou fundamentação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de roubo circunstanciado, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa, seria imprescindível o exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do presente remédio constitucional, diante da celeridade do seu rito procedimental.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via, angusta por excelência.

(...)

6. Writ não conhecido. (HC 199.855/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2012, DJe 16/11/2012.)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIACÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. (...)

(...)

2. As instâncias ordinárias, após exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação do Paciente pelo delito de tráfico ilícito de drogas. Desse modo, para se entender de modo diverso, de modo a acolher a pretendida absolvição do Acusado, seria inevitável a reapreciação da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise na via do habeas corpus.

(...)

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 150.913/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 13/10/2011.)

Dessa forma, tendo o aresto objurgado asseverado que há provas da ocorrência do delito e da autoria assestada ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à sua condenação, não há que se falar em desconstituição do édito repressivo, pois, de uma superficial análise do contexto fático-probatório contido no remédio constitucional, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Melhor sorte não socorre ao impetrante no tocante à indigitada ilegalidade no cálculo da reprimenda imposta ao paciente.

A pena foi assim fixada pelo Tribunal *a quo, verbis* (fl. 153):

Assim, atento às circunstâncias do artigo 59, do C. Penal, fixo as penas de ZAMIR e JONESLEI acima do mínimo, em 1/6, considerando os maus antecedentes dos acusados (folhas 360 e 363 – ZAMIR, e 367 – JONESLEI). Observo que, quanto a IVAN, a base deve permanecer no mínimo, porque as certidões acostadas aos autos revelam que, embora ele ostente condenação, o trânsito em julgado e os fatos são posteriores ao tratado nos autos (folhas 341, 342, 356 e 365). Em seguida, majoro as sanções em 3/8, fração que atende à perfeita individualização da reprimenda, tudo em homenagem ao princípio da proporcionalidade da pena. Tal princípio exige uma proporção entre a valoração da ação e a sanção e um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal. E uma ação dolosa executada com dupla qualificadora deve merecer valoração mais severa, porque está a demonstrar maior grau de periculosidade do agente. Por fim, pelo concurso formal, de rigor o aumento das penas em 1/3, considerando que foram subtraídos bens de 4 vítimas. As penas, assim, serão de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, no mínimo legal, para IVAN e 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no mínimo legal, para ZAMIR e JONISLEI.

Conforme entendimento já consolidado no âmbito das Cortes Superiores, a simples constatação da existência de duas ou mais majorantes do crime de roubo não é suficiente para que a pena seja alçada a patamar acima da fração mínima de aumento prevista – 1/3 –, sendo necessário, para tanto, a ocorrência de circunstâncias reveladoras de culpabilidade exacerbada, tais como o concurso de vários agentes, o uso de um grande número de armas de fogo, ou que estas sejam de grosso calibre, ou ainda o registro de violência real ou qualquer outra circunstância que denote maior grau de periculosidade dos agentes envolvidos, capazes de reclamar a severidade na reprovação da conduta.

E, no caso em exame, da dinâmica dos fatos apontados no acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado, tais circunstâncias se fazem presentes, justificando a elevação procedida pelo Tribunal impetrado na terceira etapa da dosimetria.

Com efeito, analisando-se as circunstâncias nas quais ocorreu o ilícito, percebe-se o acerto na escolha da fração de aumento, pois consta dos documentos acostados aos autos que o crime de roubo foi praticado por três agentes, mediante o emprego de mais de uma arma de fogo e com ameaças de morte às vítimas, circunstâncias que, a toda evidência, são mais do que suficientes para justificar o aumento da sanção em fração maior que a mínima legalmente prevista.

Nesse sentido, dentre outros precedentes desta Corte, pode-se citar:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 5/12. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O acréscimo da pena implementado em 5/12 (cinco doze avos), em decorrência da aplicação das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I, II e V, do Código Penal, restou concretamente fundamentado, em razão da duração da restrição à liberdade da vítima, abandonada ferida em local ermo, e do número de agentes armados que praticou o assalto, o que demonstra, de forma idônea, um maior grau de reprovabilidade da conduta.

2. Ordem denegada. (HC 219.517/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011.)

Dessa forma, tendo em vista que, na espécie, o aumento da pena no *quantum* de 3/8 (três oitavos) encontra-se justificado em fatores concretos, dadas as circunstâncias em que ocorreu o delito de roubo em questão, em fiel obediência ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF), não há ilegalidade a ser sanada por esse Superior Tribunal nesse aspecto.

Por fim, quanto à privação de liberdade do paciente antes do trânsito em julgado de eventual condenação, razão assiste aos impetrantes.

Compulsando-se a documentação acostada aos autos, verifica-se que, após ser absolvido em primeiro grau (fls. 112/114), o Tribunal coator, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para condenar o paciente, determinou-lhe o encarceramento sem declinar a devida fundamentação – indicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos pressupostos insertos no art. 312 do CPP e dos fatos concretos em tese praticados pelo paciente que indicassem a necessidade efetiva de sua custódia – muito embora não tenha transitado em julgado a condenação.

Com efeito, ao apreciar o *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que a prisão decretada antes do trânsito em julgado do édito repressivo tem natureza cautelar e a simples determinação da segregação pelo fato de as vias ordinárias terem se esgotado, sem fundamentação, indubitavelmente fere o princípio da presunção de inocência.

Veja-se como, após longo debate, restou ementado o *decisum* mencionado:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba toda as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente'.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do Supremo Tribunal Federal não pode ser lograda a este preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida. (rel. Min. EROS GRAU, julgado em 5-2-2009.)

Na hipótese vertente, o paciente se encontra em idêntica situação e teve sua prisão determinada, mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado da decisão, pelo simples exaurimento das instâncias ordinárias, embora a defesa tenha interposto os recursos de natureza extraordinária (fl. 172).

Entende-se, no entanto, que apesar de ser possível a constrição do acusado antes do trânsito em julgado da condenação, sua imposição está condicionada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à presença dos pressupostos e dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, dado o caráter cautelar da medida segregatória.

Mister que o Tribunal a quo indicasse os motivos pelos quais, após o julgamento do recurso de apelação criminal, seria necessário o recolhimento do sentenciado ao cárcere, sobretudo em função de ser primário e ter sido absolvido pelo magistrado ao proferir a sentença, o que, contudo, não se deu na espécie.

Nesse contexto, mostra-se evidente o constrangimento a que está submetido o paciente, consoante precedentes desta Corte Superior, veja-se:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONCESSÃO AO PACIENTE DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Ao apreciar o Habeas Corpus n. 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que a prisão decretada antes do trânsito em julgado do édito repressivo tem natureza cautelar e a simples determinação da segregação pelo fato de as vias ordinárias terem se esgotado, sem fundamentação, indubitavelmente fere o princípio da presunção de inocência.

2. Se a determinação da segregação pelo Tribunal de Origem não justifica a necessidade da prisão cautelar do paciente antes do trânsito em julgado da condenação, conforme o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, resta caracterizado o constrangimento ilegal sanável pela via do habeas corpus.

3. Ordem concedida para permitir que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso. (HC 235.918/RN, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELAÇÃO. MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A expedição de carta de sentença, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Ordem concedida para, confirmando a liminar, assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver presa, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual. (HC 170.945/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011.)*

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício**, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP, para permitir que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0264672-0

HC 261.490 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2872004 304471620048260071

EM MESA

JULGADO: 09/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: IVAN REIS DOS SANTOS
CORRÉU	: ZAMIR CARVALHO TEIXEIRA
CORRÉU	: JONISLEI PINTO FERREIRA

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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.