

# Superior Tribunal de Justiça

## HABEAS CORPUS Nº 538.038 - RJ (2019/0300984-2)

**RELATOR** : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ROSANE MARIA REIS LAVIGNE - RJ037188  
**IMPETRADO** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
**PACIENTE** : DANIEL DA SILVA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DANIEL DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0228445-80.2016.8.19.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos (e-STJ fls. 32/35).

Interposta apelação, narra-se que o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso defensivo apenas para fixar uma única pena restritiva de direitos, a prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana (e-STJ fl. 4).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão do não reconhecimento do furto privilegiado, previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal. Afirma que, tendo em vista que o paciente é primário e a *res furtiva* é de pequeno valor, a aplicação do privilégio seria a solução mais adequada ao caso.

Dessa forma, requer, na liminar, a suspensão da execução da pena até o julgamento deste *writ* e, no mérito, que seja concedida a ordem para reconhecer a figura do privilégio, *com a incidência preferencial de pena de multa ou a redução da pena* (e-STJ fl. 11).

# *Superior Tribunal de Justiça*

É o relatório. **Decido.**

Não obstante as razões constantes da petição inicial, o impetrante não juntou aos autos cópia do acórdão que julgou a apelação, documento imprescindível para a análise de eventual ilegalidade.

Ressalta-se que o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente. Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FURTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AGENTE AOS CUIDADOS DA CRIANÇA.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - No que concerne à alegada ausência de fundamentação idônea da r. decisão que decretou a prisão preventiva em desfavor da paciente, a deficiente instrução dos autos impede o conhecimento, no ponto, do writ, porquanto não foi juntada aos autos cópia da r. sentença condenatória que negou o direito de recorrer em liberdade (precedente).*

*III - A concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar à mãe com filho menor de 12 anos, em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, exige a comprovação da imprescindibilidade do agente ao cuidado especial da criança, o que não foi demonstrado nos autos, ao contrário, tem-se que a criança está sob o cuidado da avó materna.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*IV - Ademais, modificar a conclusão das instâncias ordinárias sobre o tema demandaria, necessariamente, revolvimento fático-probatório, o que não se admite nesta via.*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 440.498/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018)*

*PROCESSO PENAL E PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE ABSOLUTA DO JULGADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO DEFENSOR POR ELE CONSTITUÍDO DA INCLUSÃO DO APELO DEFENSIVO EM PAUTA DE JULGAMENTO E DO TEOR DO ACÓRDÃO. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício.*

*2. No que se refere à suposta nulidade absoluta por cerceamento de defesa, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que não se exige a intimação pessoal do réu acerca do acórdão que confirma a sentença condenatória. A exigência constante do art. 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal, em verdade, refere-se às decisões de 1º grau, não envolvendo acórdãos, cuja intimação ocorre com a publicação na imprensa oficial. Precedentes.*

*3. A teor do disposto no art. 392, inciso II, do CPP, "tratando-se de réu solto, mostra-se suficiente a intimação do defensor constituído acerca da r. sentença condenatória" (RHC 66.254/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 10/06/2016).*

*4. Consoante determinam os arts. 370 do Código de Processo Penal e 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, deve ser pessoal a intimação da Defensoria Pública e do defensor dativo de todos os atos do processo, sob pena de nulidade. Na hipótese, porém, trata-se de defensor constituído pelo réu, o que torna despidianda a intimação pessoal da data da sessão de julgamento do apelo e do acórdão proferido no bojo do recurso. Precedentes.*

# Superior Tribunal de Justiça

5. No que tange à dosimetria, em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado. Na espécie, o processo não foi instruído com cópia da sentença condenatória, peça imprescindível para análise da impetração.

6. Writ não conhecido.

(HC 274.037/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 08/11/2016)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **indefiro liminarmente** a petição inicial do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator