

HABEAS CORPUS Nº 198.194 - RJ (2011/0037088-0)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JONATAN LEONARDO DE MORAES, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à Apelação Criminal n.º 0004175-27.2010.8.19.0052, em julgamento assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. A SENTENÇA JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO PENAL E CONDENOU O ACUSADO À PENA DE 05 ANOS, 07 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO NO REGIME FECHADO E AO PAGAMENTO DE 67 DM PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I E II DO CP. APELAÇÃO ARGUINDO PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA EM RAZÃO DE A MESMA TER SIDO FUNDAMENTADA COM BASE EM DOCUMENTOS DE INQUÉRITO POLICIAL E, NO MÉRITO, REQUEREU A ABSOLVIÇÃO DO RÉU TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE PROVAS OU, SUBSIDIARIAMENTE, O RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA, O AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS, A REDUÇÃO DA REPRIMENDA E A FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO MERECE SER ACATADA A PRELIMINAR ARGÜIDA PELA DEFESA NO QUE TANGE À NULIDADE DA SENTENÇA TENDO EM VISTA QUE A MESMA SE BASEOU NO INQUÉRITO POLICIAL, POSTO QUE A SENTENÇA NÃO BASEOU O DECRETO CONDENATÓRIO EM QUALQUER PEÇA CONTIDA NOS AUTOS QUE TENHA SIDO PRODUZIDA DURANTE A FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. NÃO PROCEDEM AS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS DE QUE O ORA APELANTE NÃO PARTICIPOU DO ROUBO OU DE QUE A SUA PARTICIPAÇÃO FOI DE MENOR IMPORTÂNCIA, PRIMEIRO PORQUE A NEGATIVA DO FATO CRIMINOSO NO INTERROGATÓRIO PELO ACUSADO É JUSTIFICÁVEL, JÁ QUE O INTERROGATÓRIO É MEIO DE DEFESA, SENDO ASSIM É NORMAL A VERSÃO DEFENSIVA QUE, TODAVIA, COLIDE COM A PROVA CARREADA AOS AUTOS, QUE DEMONSTROU CLARAMENTE OS DELITOS PRATICADOS PELO MESMO, EM CONJUNTO COM SEUS COMPARSAS. SEGUNDO PORQUE A PROVA DOS AUTOS NÃO FAVORECE A VERSÃO DO RÉU, POIS A VÍTIMA CONFIRMOU OS FATOS COMO DESCRITOS NA DENÚNCIA, DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO SOB A GARANTIA DA AMPLA DEFESA E SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, NADA HAVENDO QUE LHE RETIRE A VALIDADE

Superior Tribunal de Justiça

(FLS. 90/91). APREENSAO DA ARMA. NESTE PONTO MERECE REPARO A SENTENÇA. ENTENDO QUE A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO EMPREGO DE ARMA SÓ É POSSÍVEL SE A MESMA FOR APREENDIDA E PERICIADA, PORTANTO SOMENTE OS PERITOS PODEM ATESTAR A SUA POTENCIALIDADE OFENSIVA. EXCLUSÃO DA DOSIMETRIA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. DOSIMETRIA. 1ª FASE. VERIFICA-SE QUE NA 1ª FASE O D. SENTENCIANTE MAJOROU A PENA-BASE SOB O FUNDAMENTO DO ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA LEVADA A EFEITO PELO CONDENADO, SOBRETUDO DIANTE DA CIRCUNSTANCIA DE QUE TENTOU SE EVADIR DO LOCAL E POR TER AGREDIDO A VITIMA COM CHUTES E PONTAPÉS. REPUTO JUSTO O AUMENTO DE 01 ANO DE RECLUSÃO EFETUADO PELO MAGISTRADO, DEVENDO TAL AUMENTO SER MANTIDO DIANTE DAS CIRCUNSTANCIAS DO CRIME. 2ª FASE. SEM ATENUANTES E AGRAVANTES. 3ª FASE. COMO FOI EXCLUÍDA A CAUSA DE AUMENTO REFERENTE À UTILIZAÇÃO DO EMPREGO DE ARMA, APLICO O PERCENTUAL DE 1/3 (PERCENTUAL MÍNIMO REFERENTE A 01 CAUSA DE AUMENTO) NO QUE CONCERNE AO CRIME COMETIDO MEDIANTE CONCURSO DE PESSOAS.SENDO ASSIM, COMO O JUIZ NA 1ª FASE FIXOU A PENA-BASE EM 05 ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 60 DM, APLICANDO O AUMENTO DE 1/3, CHEGA-SE A PENA FINAL DE 06 ANOS E 08 MESES DE RECLUSÃO E 80 DIAS-MULTA. ENTRETANTO, VERIFICA-SE QUE A PENA FINAL ENCONTRADA PELO I. MAGISTRADO APÓS A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 3/8 FOI DE 05 ANOS, 07 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO E 67 DM, QUANDO NA VERDADE DEVERIA SER DE 06 ANOS, 10 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO E 82 DIAS-MULTA. ORA, COMO NÃO HOUE RECURSO DO MP, ASSIM COMO QUALQUER QUESTIONAMENTO POR AMBAS AS PARTES, REPUTO COMO PENA FINAL E DEFINITIVA A PENA LANÇADA NA SENTENÇA, POSTO QUE MAIS BENÉFICA PARA O ACUSADO, QUAL SEJA, 05 ANOS, 07 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 67 DM. CONHECIMENTO DO RECURSO PARA REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO A FIM DE EXCLUIR A CAUSA DE AUMENTO REFERENTE À ARMA, CONTUDO, MANTENHO A PENA FINAL TAL COMO LANÇADA NA SENTENÇA DE 05 ANOS, 07 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 67 DM, TENDO EM VISTA A IMPOSSIBILIDADE DA REFORMATIO IN PEJUS, POSTO QUE NÃO HOUE RECURSO DO MP NO QUE CONCERNE AO ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA, MANTIDO NO MAIS A R. SENTENÇA MONOCRÁTICA POR SEU PRÓPRIOS E JUDICIOSOS FUNDAMENTOS ." (fls. 34/36, grifei).

Consta dos autos que o paciente foi condenado no juízo singular a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 67 dias-multa, no regime inicial fechado, por infração à norma do art. 157, § 2º,

Superior Tribunal de Justiça

incisos I e II, do Código Penal.

A defesa interpôs recurso, ao qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento, para excluir a causa de aumento referente à majorante do emprego da arma, mantendo, contudo, a reprimenda final tal como lançada na sentença, por ser mais favorável ao réu.

Neste *mandamus*, a defensora pública alega haver constrangimento ilegal na majoração da pena-base acima do mínimo legal, sob o argumento de que "*o paciente não extrapolou o dolo normal do tipo*", bem ainda na imposição do regime prisional mais gravoso. (fl. 03).

Requer a concessão de *habeas corpus*, liminarmente, para fixar o regime prisional semiaberto. No mérito, pugna pela confirmação da liminar, aplicando-se a pena base no mínimo legal.

A medida de urgência foi indeferida à fl. 53.

Devidamente instruídos, os autos foram encaminhados à Subprocuradoria Geral da República, oportunidade em que o *Parquet* se manifestou às fls. 61/67 pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

HABEAS CORPUS Nº 198.194 - RJ (2011/0037088-0)

VOTO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de JONATAN LEONARDO DE MORAES, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à Apelação Criminal n.º 0004175-27.2010.8.19.0052, em julgamento ementado às fls. 34/36.

Consta dos autos que o paciente foi condenado no juízo singular a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 5 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, mais o pagamento de 67 dias-multa, no regime inicial fechado, por infração à norma do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

A defesa interpôs recurso, ao qual o Tribunal *a quo* deu parcial provimento, para excluir a causa de aumento referente à majorante do emprego da arma, mantendo, contudo, a reprimenda final tal como lançada na sentença, por ser mais favorável ao réu.

Neste *mandamus*, a defensora pública alega haver constrangimento ilegal na majoração da pena-base acima do mínimo legal, sob o argumento de que "*o paciente não extrapolou o dolo normal do tipo*", bem ainda na imposição do regime prisional mais gravoso. (fl. 03).

Requer a concessão de *habeas corpus*, liminarmente, para fixar o regime prisional semiaberto. No mérito, pugna pela confirmação da liminar, aplicando-se a pena base no mínimo legal.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual, constata-se que não houve a interposição de qualquer outro recurso após o julgamento do acórdão recorrido, ocorrendo o trânsito em julgado do decreto condenatório, com a remessa dos autos à comarca de origem no dia 31.03.2011, o que denota não ter a impetrante buscado o exame da matéria 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.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do

Superior Tribunal de Justiça

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. 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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.”

Corte: Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

“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.

Por outro lado, o presente caso não revela a ocorrência de qualquer situação de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

A análise da dosimetria da pena, realizada em primeiro grau de jurisdição, aponta que a pena base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias desfavoráveis, notadamente o alto grau de reprovabilidade da conduta e a tentativa de fuga, conforme bem ressaltado pelo acórdão proferido em sede de apelação (fl. 44):

“1.ª FASE

Superior Tribunal de Justiça

Verifica-se que na 1.ª fase o d. sentenciante majorou a pena-base sob o fundamento do elevado grau de reprovabilidade da conduta levada a efeito pelo condenado, sobretudo diante da circunstância de que tentou se evadir do local e por ter agredido a vítima com chutes e pontapés.

Reputo justo o aumento da 01 ano de reclusão efetuado pelo magistrado, devendo tal aumento ser mantido diante das circunstâncias do crime.”

Diante disse, o aumento da pena base encontra-se, em princípio, fundamentado em circunstância concreta, o que determina a inviabilidade do reexame da dosimetria em sede de *mandamus*, o qual somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade. Este, no entanto, como visto, não é o caso dos autos, o que caracteriza o uso inadequado do instrumento constitucional.

A respeito:

“HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 157, § 2.º, INCISOS I, IV E V, DO CÓDIGO PENAL.) CONTINUIDADE DELITIVA.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DOSIMETRIA DA PENA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO EMPREGADO COM FUNDAMENTO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O critério objetivo de número de crimes não é o único aplicável, porquanto, pela própria dicção do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, “[...] poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.(Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984).” Precedentes.

2. No caso dos autos, trata-se de dois homicídios triplamente qualificados pelo motivo torpe, utilização de recursos que dificultaram a defesa da vítima e com fito de assegurar a ocultação de outro crime, nos termos do art. 121, § 2.º, incisos I, IV e V, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.

3. O acórdão recorrido manteve os fundamentos da sentença quanto à fixação das circunstâncias desfavoráveis relativas à culpabilidade, à personalidade, aos motivos e às circunstâncias do delito.

4. Restou devidamente fundamentada a majoração na fração de 2/3 (dois terços) aplicada pelo Tribunal local, não havendo ilegalidade flagrante a ser corrigida em sede de habeas corpus, estando em conformidade com o princípio da razoabilidade.

5. Ordem denegatória.” (HC 127.528/MG, Rel. MIN.

Superior Tribunal de Justiça

LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011)

Assim considerado, denego a ordem.

É como voto.

