



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.749 - SP (2011/0034028-3)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI ALVES MOREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS NA FORMA QUALIFICADA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL ORDINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. AUMENTO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). DECISÃO FUNDAMENTADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a matéria objeto do alegado constrangimento ilegal não pode vir a ser suscitada apenas no *writ* aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame pelo Tribunal ordinário, sob pena de incorrer em supressão de instância.

2. O critério objetivo do número de crimes não é o único aplicável para a majoração da pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva, 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 (Precedentes do STJ).

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.749 - SP (2011/0034028-3)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI ALVES MOREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA, condenado como incurso no art. 121, § 2º, inciso IV (duas vezes) e art. 129, *caput*, ambos do Código Penal, impugnando decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação criminal, diminuindo a reprimenda do paciente, ao afastar a regra do concurso material na espécie.

Alega o impetrante que o acórdão combatido confirmou a pena base aplicada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses acima do mínimo previsto, com justificativa nos próprios elementos constitutivos do art. 121 do Código Penal, em flagrante constrangimento ilegal.

Assevera que ao reconhecer a prática continuada de dois homicídios qualificados pela surpresa, o Colegiado Estadual não deveria ter feito incidir o *quantum* de 2/3 (dois terços), mas, sim, o de 1/6 (um sexto), consoante orientação de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Pleiteia, assim, a fixação da pena base no mínimo legal e a aplicação do acréscimo de 1/6 (um sexto), tornando a reprimenda definitiva em 14 (quatorze) anos de reclusão.

A liminar restou indeferida pelo então relator, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE) às fl. 24-STJ.

O parecer do Ministério Público pugnou pela denegação da ordem (fls. 29/32-STJ).

Ofício n.º 8.604/2013, do Supremo Tribunal Federal, solicitando informações quanto à tramitação do presente *writ*, tendo em vista a impetração naquela Corte Suprema do HC n.º 118.471/SP, da relatoria do Ministro Marco Aurélio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Autos conclusos em 20 de agosto de 2013.
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.749 - SP (2011/0034028-3)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI ALVES MOREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS NA FORMA QUALIFICADA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL ORDINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. AUMENTO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). DECISÃO FUNDAMENTADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a matéria objeto do alegado constrangimento ilegal não pode vir a ser suscitada apenas no *writ* aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame pelo Tribunal ordinário, sob pena de incorrer em supressão de instância.

2. O critério objetivo do número de crimes não é o único aplicável para a majoração da pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva, 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 (Precedentes do STJ).

3. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.749 - SP (2011/0034028-3)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI ALVES MOREIRA (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (Relator):

De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC nº 114.550/AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal.

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado."

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

- 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.*
- 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal.*
- 3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.*
- 4. Habeas corpus não conhecido" (6ª Turma, HC n.º 131.970/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5/9/2012).*

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Colhe-se dos autos que o paciente foi julgado e condenado à pena total de 26 (vinte e sete) anos de reclusão, no regime fechado, por infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV (por duas vezes), do Código Penal, e 1 (um) ano de reclusão e (três) meses de detenção, no regime aberto, por infração ao art. 129, § 1º, inciso I e art. 129, *caput*, da mesma legislação, em julgamento realizado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Franca-SP.

Em sede de apelação criminal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao inconformismo, reduzindo a pena dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

homicídios qualificados para 21 (vinte e um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, sob o entendimento de que caracterizada a continuidade delitiva entre os delitos contra a vida, mantendo, porém, o aumento de 1 (um) ano e 6 (seis) meses da pena base.

Quanto a esse ponto, em que o presente *mandamus* impugna o recrudesimento da pena na primeira fase, esclareço que a ordem não pode ser conhecida.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a matéria objeto do alegado constrangimento ilegal não pode vir a ser apenas suscitada no *writ* aqui manejado, fazendo-se necessário o prévio exame da instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO JUIZ NA SENTENÇA. NULIDADE NÃO SUSCITADA NA INSTÂNCIA A QUO. PRECLUSÃO. DECRETO CONDENATÓRIO ASSINADO DIGITALMENTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

- 1. Não cabe a esta Corte conhecer habeas corpus no qual se objetiva o reconhecimento de nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato que, além de preclusa, não foi sequer aventada nas instâncias ordinárias, sob pena de vedada supressão de instância.*
- 2. "Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição." (HC 123687/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe de 29/11/2010.)*
- 3. De todo modo, descabido alegar nulidade da condenação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela ausência da assinatura do Juiz sentenciante, quando a cópia da sentença condenatória, juntada pela Defensoria Pública Impetrante, esclarece que o documento foi assinado digitalmente.

4. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

5. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada na conduta social e nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentença condenatória transitada em julgado pela prática do mesmo crime, que não foi utilizada para configurar a reincidência.

6. Ordem parcialmente conhecida e denegada." (5ª Turma, HC 168.037/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04/10/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 2. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL. TEMA NÃO SUBMETIDO OU APRECIADO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Se as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que, com base nos elementos extraídos dos autos, estava comprovada a autoria e a materialidade delitiva, concluindo que a conduta praticada se adequava ao crime de tráfico de drogas, não há como modificar o que ficou lá estabelecido e desclassificar para posse de substância entorpecente de uso pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do conjunto dos fatos e provas produzidos no processo, procedimento incompatível com os estreitos limites do habeas corpus, remédio constitucional caracterizado pelo rito célere e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por não comportar dilação probatória.

2. A questão aqui deduzida relativa a dosimetria da pena não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal a quo, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior sobre o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (5ª Turma, AgRg no HC n.º 181.382/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/3/2012)

E nem se diga que o *habeas corpus* que se volta contra recurso de apelação possui efeito devolutivo amplo, uma vez que seu alcance esbarra, do mesmo modo, na necessidade de um questionamento prévio.

A esse respeito, como bem ressaltou o Ministro Jorge Mussi, ao examinar o HC n.º 206.434/SP, DJe 19/12/2011, "*O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.*"

No caso concreto, a defesa apelou, postulando unicamente o reconhecimento do crime continuado, nos termos do art. 71 do Código de Processo Penal. Não havendo questionamento ou exame da matéria relativa à fixação da pena-base, o que inviabiliza o seu conhecimento nesta oportunidade.

Do mesmo modo, diviso inexistente o constrangimento aventado no sentido de afastar a fração de 2/3 (dois terços), sob o raciocínio de que deve incidir o *quantum* de 1/6 (um sexto), em razão do número de dois crimes contra a vida praticados em continuidade delitiva.

O acórdão impugnado aplicou a regra prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, com o argumento de que "*a personalidade violenta do agente, os motivos e as circunstâncias dos crimes*" abonam o percentual escolhido, complementando que "*apenas por obra do acaso, não foram mortas as duas outras vítimas que sofreram lesão corporal*".

Sob essa justificativa o acórdão recorrido fez incidir, acertadamente, a fração de 2/3 (dois terços), ao reconhecer a continuidade delitiva específica, reformando a dosimetria realizada pelo juízo monocrático, que havia aplicado o concurso material pela prática dos dois homicídios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificados, fundamentação suficiente para afastar o cogitado constrangimento ilegal.

Acerca da questão, essa egrégia 5ª Turma, no HC n.º 127.528/MG, proclamou que *"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).'"* (Rel. Min. Laurita Vaz, DJ-e de 7/11/2011).

No mesmo sentido: HC n.º 88.885/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ-e 16/2/2009, HC n.º 176.541/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ-e 23/5/2012, HC n.º 161.552/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ-e 21/11/2012, entre outros.

Ante o exposto, ausente o constrangimento ilegal, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0034028-3

HC 197.749 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1082005 1960120050285424 990081285029

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARI ALVES MOREIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

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."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.