



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.755 - SP (2010/0042166-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : MARCELO DE OLIVEIRA RISI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ VELOSO BRAGA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO 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 JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE **WRIT**. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **3.** TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO COM ERRO NA EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA QUANTO À COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE. DECISÃO DE PRONÚNCIA CONFIRMADA PELA CORTE DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA ANALISAR O TEMA. **4.** EXAME DE CORPO DE DELITO PRODUZIDO DE FORMA INDIRETA. RELATÓRIO MÉDICO. POSSIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. **5.** VALORAÇÃO DA PROVA DA MATERIALIDADE. TEMA QUE DEMANDA INCURSÃO NO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA EXÍGUA DO **WRIT**. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **6.** **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. LIMINAR REVOGADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vem se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, principalmente por se tratar no caso de efetiva busca de proteção do **jus libertatis**.

3. Mostra-se correto o encaminhamento dos autos a esta Corte Superior, para analisar impugnação à materialidade delitiva, reconhecida em decisão de pronúncia e mantida pelo Tribunal de origem em recurso em sentido estrito.

4. Não há óbice legal ao exame de corpo de delito indireto, que está expressamente disciplinado no art. 158 do Código de Processo Penal. Condiciona-se apenas a produção exclusiva de prova testemunhal, que só poderá se dar quando desaparecerem os vestígios do delito. Assim, constando dos autos exames de corpo de delito, baseados em ficha médica confeccionada no dia dos fatos, em razão das vítimas terem efetivamente recebido atendimento hospitalar, encontra-se atendido o requisito referente à indisponibilidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produção do exame de corpo de delito, direto ou indireto, haja vista cuidar-se de crime que deixa vestígio.

5. Infirmar a própria materialidade delitiva demandaria a indevida incursão nos fatos e provas carreadas aos autos, o que é inviável na estreita via do **writ**.

6. Habeas corpus não conhecido. Liminar revogada.

ACÓRDÃO

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 revogar a liminar anteriormente deferida.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.755 - SP (2010/0042166-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de José Veloso Braga – pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, I, c/c o art. 14, II, e 73, 1ª parte, todos do Código Penal -, apontando-se como autoridade coatora o Juiz da 2ª Vara Criminal e do Júri da Comarca de Atibaia.

O Tribunal de origem entendeu, no entanto, às fls. 106/113, não ser a autoridade competente para exame do **mandamus**, haja vista ter confirmado a decisão de pronúncia, tornando-se, portanto, a autoridade coatora. Dessarte, determinou a remessa dos autos a esta Corte Superior.

Consta da denúncia que o paciente tentou matar, por motivo torpe, a vítima Hélio Laertes Holub, efetuando disparos de arma de fogo e desferindo-lhe golpes com referido artefato, provocando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito. Consta, ainda, que por erro na execução, em vez de atingir a vítima pretendida, acertou Charles Cristian da Silva Pereira, provocando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito.

Num primeiro momento, afirma o impetrante que o paciente foi denunciado e pronunciado por homicídio qualificado tentado, com erro na execução, com único resultado. Assim, está sendo processado apenas pelo suposto ferimento causado à vítima Hélio. Contudo, sustenta que não existe prova de ter sido mencionada vítima ferida por disparo de arma de fogo efetuado pelo paciente, razão pela qual, a seu ver, não há justa causa para ação penal. Alega que não consta dos autos exame de corpo de delito da suposta vítima, não havendo, portanto, prova da materialidade delitiva, o que impede a prolação de decisão de pronúncia.

Aduz, ainda, que o art. 158 do Código de Processo Penal estabelece que, em todo crime que deixa vestígio, deve ser realizado exame de corpo de delito, entretanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se atentou para referida providência, ficando comprometido o devido processo legal, "com reflexos intransponíveis aos princípios da ampla defesa e do contraditório". Assevera que o exame pericial indireto só é viabilizado quando se tornar impossível o exame direto sem que tenha ocorrido negligência das autoridades. Caso contrário, entende que haverá "uma perversa inversão do valor probatório e da análise e valoração da prova, em que se subestima o expert, e se superestima a palavra da testemunha e da vítima".

Afirma que se requereu ao hospital o prontuário da suposta vítima Hélio, tendo, no entanto, sido prestadas informações, apenas 1 ano após a solicitação, noticiando que a vítima deu entrada no hospital em 29/4/2003, "com múltiplas contusões e ferimentos perfurantes por arma de fogo na cabeça". Contudo, assere que a vítima afirmou ter apenas recebido uma coronhada na cabeça, mostrando-se, assim, incongruentes as informações constantes dos autos.

Com relação à vítima Charles, alega que o Ministério Público sequer menciona qualquer prova da materialidade. "No entanto, apenas em razão deste ter sido supostamente ferido em erro de execução, a denúncia recai nesse fato, por força do estabelecido no artigo 73, primeira parte, do Código Penal".

Aponta que o laudo de exame de corpo de delito foi produzido pelo IML apenas 2 (dois) anos e 7 (sete) meses após os fatos, mostrando-se contraditório com as demais informações constantes dos autos. Ademais, referido documento foi juntado aos autos somente após a apresentação das alegações finais pela defesa.

Insurge-se, portanto, contra a suposta ausência de prova da materialidade delitiva, haja vista a decisão de pronúncia ter se embasado apenas em depoimentos. Assevera, ademais, que o paciente está sendo julgado apenas pelo suposto delito cometido contra a vítima efetiva (Charles), em **aberratio ictus**, e não contra a vítima pretendida (Hélio).

Pleiteia, liminarmente, a suspensão da ação penal. No mérito, pugna pelo trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida, à fl. 119, pelo então Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 125/127, pela remessa dos autos ao Tribunal local, nos seguintes termos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*AUTORIDADE COATORA. JUIZ DE DIREITO. 1 - Se o órgão apontado como coator é o juiz de direito prolator da decisão de pronúncia, a competência para processar e julgar o **habeas corpus** é do respectivo Tribunal de Justiça. 2 - Parecer pela declaração de incompetência desse Eg. Superior Tribunal de Justiça, com a consequente remessa dos autos ao Eg. TJ/SP.*

O impetrante protocolizou petição às fls. 147/158, informando ter impetrado o presente **mandamus** na Corte de origem, tendo, entretanto, entendido aquele Tribunal não ser competente para análise do pleito, haja vista ter confirmado a decisão de pronúncia, em recurso em sentido estrito. Dessarte, determinou a remessa dos autos a esta Corte Superior. Informou, ademais, estar o julgamento pelo Tribunal do Júri designado para 22/7/2010, reiterando, assim, o pedido liminar.

Às fls. 161/162, o Ministro Hamilton Carvalhido, no exercício da Presidência, deferiu a liminar, para suspender o julgamento do paciente, aduzindo que a presente impetração traz questões não analisadas no recurso da decisão de pronúncia, as quais, em última análise, referem-se à própria comprovação da materialidade do delito de homicídio tentado.

O Ministério Público manifestou-se novamente nos autos, às fls. 171/173, pelo indeferimento do **habeas corpus**, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE - PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE - FUNDAMENTAÇÃO DEVIDA - DECISÃO BASEADA NO ACERVO PROBATÓRIO - LAUDOS PERICIAIS E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A ESTREITA VIA DO WRIT - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - PRECEDENTES DO STJ - PARECER PELO INDEFERIMENTO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 164.755 - SP (2010/0042166-0)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembremo-nos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituía para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente" (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012)

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, 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, inexistente na espécie"; (III) "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, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

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 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. Precedentes

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. (STF, Primeira Turma, HC n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No presente **writ**, insurge-se o impetrante, em última análise, contra a decisão de pronúncia, por entender que não ficou devidamente demonstrada a materialidade delitiva.

Importante, entretanto, num primeiro momento, aferir se a competência para referida análise é realmente desta Corte Superior ou do Tribunal de origem. Para tanto, entendo prudente transcrever o acórdão proferido pela segunda instância, ao confirmar a decisão de pronúncia, **in verbis** (fls. 87/88):

A pronúncia depende de provas da existência de crime doloso contra a vida e indícios suficientes de que o réu seja seu autor. Há provas da existência de crime de homicídio doloso tentado. Laudo pericial acostado aos autos atesta que as vítimas (visada e accidental) sofreram lesões corporais causadas por instrumento contundente e disparos de arma de fogo. Há indícios suficientes de autoria. A vítima visada Hélio Laerte Holub confirmou que o réu efetuou disparos de arma de fogo em sua direção, que apenas não lhe atingiram por falha no instrumento bélico. Em perfeita sintonia está o depoimento da testemunha presencial José Afonso dos Santos, que acompanhava a vítima na ocasião. Também em harmonia as declarações da vítima accidental Charles Cristian da Silva Pereira, que disse ter viu o réu no local logo após os disparos, e o depoimento da testemunha Edinalva Lopes da Silva, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acrescentou que ele (réu) portava uma arma de fogo. Eventuais divergências entre os depoimentos de testemunhas e entre a prova oral e a versão do réu não permitem o encerramento da persecução penal nesta fase. À pronúncia, como dito, bastam indícios suficientes de autoria. Desnecessária prova segura, inequívoca, cristalina. Cuida-se aqui de mero juízo de suspeita (ainda que fundada), e não de certeza. Isto quer dizer que na dúvida remete-se ao plenário, para julgamento pelo Conselho de Sentença, órgão constitucionalmente competente para apreciar a causa. Nesse sentido: (...). O mesmo caminho deve trilhar a aceitação de qualificadoras. Encontrando certo amparo na prova testemunhal, como é o caso, devem permanecer. No caso, a vítima confirmou que o entrevero decorreu do inadimplemento de uma dívida, circunstância que caracteriza, em tese, motivo torpe.

Dessarte, entendo ter se mostrado correta a remessa dos autos a esta Corte Superior, porquanto efetivamente analisada pelo Tribunal de origem a existência de provas quanto à materialidade delitiva, nos termos do que acima explicitado, no sentido de que "há provas da existência de crime de homicídio doloso tentado. Laudo pericial acostado aos autos atesta que as vítimas (visada e acidental) sofreram lesões corporais causadas por instrumento contundente e disparos de arma de fogo".

Passo, então, ao exame da suposta ausência de prova da materialidade delitiva para prolação da decisão de pronúncia.

De início, saliento que, como é cediço, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, o procedimento é escalonado, cindindo-se em juízo da acusação (**judicio accusationis**) e juízo da causa (**judicio causae**). A primeira etapa se inicia com o recebimento da denúncia e se encerra com a prolação da decisão de pronúncia (art. 413 do CPP), impronúncia (art. 414 do CPP), absolvição sumária (art. 415 do CPP) ou desclassificação (art. 419 do CPP), conforme o caso.

Para que seja o réu pronunciado, deve o juiz estar "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação" (**caput** do art. 413 do CPP). Ademais, reza o § 1º do art. 413 do Código de Processo Penal que a fundamentação da pronúncia limitar-se-á, entre outros, à indicação da materialidade do fato. Portanto, deve o Juiz indicar em quais elementos probatórios se assenta a materialidade delitiva.

In casu, a decisão de pronúncia, juntada às fls. 58/66, afirma estar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente demonstrada a materialidade, pois "os laudos constantes nos autos confirmam que Hélio foi agredido e que Charles foi efetivamente atingindo por erro na execução do golpe" (fl. 64). Consta, ainda, à fl. 59, que "houve a juntada do laudo de exame de corpo de delito (fls. 243/246), com manifestações das partes (fls. 247/248)".

Note-se que o exame de corpo de delito é a perícia realizada sobre a própria materialidade do delito. O art. 158 do Código de Processo Penal reza que, "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Ademais, disciplina o art. 167 do mesmo Diploma que, "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

Ou seja, não há óbice legal à produção de exame de corpo de delito indireto, com previsão no art. 158 acima mencionado, condicionando-se apenas a produção exclusiva de prova testemunhal, que só poderá se dar quando desaparecerem os vestígios do delito. Assim, constando dos autos exames de corpo de delito, baseados em ficha médica confeccionada no dia dos fatos, em razão das vítimas terem efetivamente recebido atendimento hospitalar, entendo encontrar-se atendido o requisito referente à indisponibilidade da produção do exame de corpo de delito, direto ou indireto, haja vista cuidar-se de crime que deixa vestígio.

Ao ensejo, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. REALIZAÇÃO DE EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. A pronúncia constitui um juízo de admissibilidade da acusação, não sendo necessária prova incontroversa da existência do crime. Além disso, a pronúncia encerra tão somente o sumário da culpa - **iudicium accusatione** -, cabendo ao Tribunal do Júri a valoração das provas e fatos. 2. Na espécie, realizado exame de corpo delito indireto - baseado em relatório médico emitido -, atestando ter sido o paciente vítima de lesões decorrentes de arma branca. 3. A discussão acerca da insuficiência de provas a embasar a sentença de pronúncia não se compatibiliza com via estreita do **habeas corpus**, que é marcado pela impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. 4. Ordem denegada. (HC 199.424/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 29/06/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. **HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*HOMICÍDIO. SUPERVENIENTE SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO TRIBUNAL DO JÚRI À IMPETRAÇÃO DO **WRIT**. PERDA DE OBJETO. MATERIALIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA. 1. A ocorrência da materialidade foi discutida e confirmada pela Corte de origem desde o início, com base nas provas carreadas nos autos, sendo confirmada pelo Tribunal Popular, o que gerou a prejudicialidade do pleito. 2. A comprovação da existência ou não da materialidade do crime demandaria o revolvimento minucioso de matéria fático-probatória, providência incabível em **habeas corpus**, dados os seus rito célere e cognição estreita, que exigem prova pré-constituída do direito alegado. 3. A ausência do exame de corpo de delito direto não implica, necessariamente, nulidade processual, tendo em vista que o art. 158 do Código de Processo Penal prevê que o exame de corpo de delito pode ser, tanto de forma direta quanto indireta, com base no conjunto probatório. 4. O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual há de ser mantida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 116.948/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), DJe 26/03/2012).*

Portanto, encontrando-se a materialidade demonstrada por meio de exame de corpo de delito indireto, realizado com base em relatório médico, não há qualquer irregularidade na prolação da decisão de pronúncia e na sua confirmação. Ademais, infirmar a própria materialidade delitiva demandaria a indevida incursão nos fatos e provas carreadas aos autos, o que é inviável na estreita via do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA PELO TRIBUNAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 1. A pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime. Cumpre ao Tribunal Popular, forte no princípio constitucional da soberania do Júri, o exame aprofundado dos fatos imputados ao réu. 2. Demonstrados suficientemente a materialidade e os indícios de autoria delitiva, não cabe, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de prova que conduziram à pronúncia do acusado. 3. No caso, a tentativa de homicídio qualificado encontra-se suficientemente demonstrada pelos depoimentos, pelo relatório de atendimento ao local do crime, bem como pelo exame pericial, o qual, embora deficiente, atesta categoricamente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*existência de lesões no antebraço da vítima. 4. Ordem denegada. (HC 163.881/ES, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe 27/08/2012.)*

Dessarte, não verifico a existência de patente ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **mandamus**, revogando a liminar deferida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, para que o processo retome seu curso normal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0042166-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 164.755 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3262003

97755638

990091567299

EM MESA

JULGADO: 16/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO DE OLIVEIRA RISI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSÉ VELOSO BRAGA

CORRÉU : RODRIGO VELOSO

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 e revogou a liminar anteriormente deferida."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.