



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.721 - RJ (2011/0200451-9)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FÁBIO LUCIANO DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA-BASE FIXADA NO MÁXIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SÚMULA Nº 241 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

I. 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*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “**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**”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

V. A menção do porte de uma pistola e um revólver como “*um verdadeiro arsenal*”, e existência de uma única condenação transitada em julgado não são fundamentos idôneos para a fixação da pena-base no máximo legal.

VI. A consideração do delito de roubo como fundamento para a exasperação da pena-base e, simultaneamente, como circunstância agravante constitui *bis in idem*. Súmula nº 241 do STJ.

VII. Constata-se, na hipótese, constrangimento ilegal na fixação do regime inicialmente fechado de cumprimento da pena, bem como no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, sob fundamento da reincidência aplicada em contrariedade à referida Súmula.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIII. Deve a ordem ser concedida para reformar a decisão e o acórdão recorridos quanto à dosimetria da reprimenda, determinando ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ que aplique o índice de aumento da pena, fixe o regime de cumprimento e aprecie a possibilidade de substituição da pena de forma fundamentada, adotando o entendimento da Súmula nº 241 do STJ.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.721 - RJ (2011/0200451-9)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em benefício de FÁBIO LUCIANO DA SILVA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03, negado o direito de apelar em liberdade.

Pleiteando o afastamento da reincidência e, conseqüentemente, a diminuição da pena pela atenuante da confissão, fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi denegado pelo Tribunal *a quo* e provido de ofício para reduzir a pena pecuniária. O acórdão foi assim ementado (fls. 137/144):

"EMENTA: CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PERMITIDO - APELO DEFENSIVO QUE NÃO SE MOSTRA INCONFORMADO COM A CONDENAÇÃO, POSTULANDO TÃO SOMENTE A EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E PLEITOS SUBSIDIÁRIOS QUE DEPENDERIAM DO ACOLHIMENTO AO PRIMEIRO PEDIDO - APELANTE QUE COMETEU NOVO CRIME CERCA DE TRÊS ANOS DEPOIS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DE REPRIMENDA ANTERIOR PELA PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO EM CONCURSO FORMAL - REINCIDÊNCIA PATENTE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 64, I DO CÓDIGO PENAL - RECURSO DESPROVIDO - DE OFÍCIO, REDUZ-SE A PENA PECUNIÁRIA A 20 (VINTE) DIAS-MULTA, EM ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE."

No presente *writ*, a defesa se insurge contra a manutenção da pena-base, fixada no máximo legal. Alega omissão da Corte local, uma vez que o recurso tem efeito devolutivo amplo. Além disso, aponta desrespeito à Súmula nº 444, desta Corte, uma vez que a exasperação foi fundamentada em uma condenação com trânsito em julgado e outra em andamento. Finalmente, reitera os pleitos de fixação de regime aberto e substituição da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida à fl. 151.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 159/162, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.721 - RJ (2011/0200451-9)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em benefício de FÁBIO LUCIANO DA SILVA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03, negado o direito de apelar em liberdade.

Pleiteando o afastamento da reincidência e, conseqüentemente, a diminuição da pena pela atenuante da confissão, fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi denegado pelo Tribunal *a quo* e provido de ofício para reduzir a pena pecuniária (fls. 137/144).

No presente *writ*, a defesa se insurge contra a manutenção da pena-base, fixada no máximo legal. Alega omissão da Corte local, uma vez que o recurso tem efeito devolutivo amplo. Além disso, aponta desrespeito à Súmula nº 444, desta Corte, uma vez que a exasperação foi fundamentada em uma condenação com trânsito em julgado e outra em andamento. Finalmente, reitera os pleitos de fixação de regime aberto e substituição da pena.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao *site* do Tribunal *a quo* na internet, verifica-se que não houve a interposição de qualquer outro recurso após o julgamento do acórdão recorrido, ocorrendo a baixa definitiva dos autos em 02/06/2011, 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 *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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2.^a Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2.^a Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2.^a Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1.^a Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2.^a Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1.^a Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2.^a Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2.^a Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1.^a 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.”

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

Corte:

“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.

Entretanto, se constata constrangimento ilegal na ausência de fundamentação fixação da pena base em grau máximo. A sentença fundamentou a dosimetria nos seguintes termos (fls. 103/107):

"As circunstancias judiciais são desfavoráveis ao acusado. A par de se demonstrar, pelos inúmeros procedimentos existentes em sua folha penal, inclusive referentes a tráfico de drogas, ameaça, lesões corporais, homicídio e outros, que a conduta social do acusado é um desastre, há a circunstância de que trazia consigo um verdadeiro arsenal, de modo que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvalor desta conduta deve se refletir na pena.

Diante destas constatações, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão.

Há duas circunstâncias. Uma que atenua (confissão) e outra que agrava (reincidência) a pena. Face à grandeza de ambas, devem se anular, pelo que fixo a pena em definitivo em 04 (quatro) anos de reclusão, à mingua de demais moduladores."

O Tribunal a quo confirmou a sentença nos seguintes termos (fls. 137/144):

"Consoante se vê, todavia, da sua folha de antecedentes criminais de fls. 43/47, foi ele definitivamente condenado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I e II c/c art. 29 (duas vezes), na forma do art. 70 todos do Código Penal, por sentença que transitou em julgado em 31.08.2001, constando que sua pena teve o seu término em 10.09.2006 (fls. 45).

O Apelante veio a praticar o novo crime em 27.07.2009, portanto a menos de 03 (três) anos após a extinção da sua anterior reprimenda. Não tendo transcorrido o lapso temporal de 05 (cinco) anos, como previsto no art. 64, I do Código Penal, absolutamente caracterizada está a sua reincidência, pelo que não podem ser atendidos os demais pleitos formulados."

Verifica-se, porém, que a conduta imputada ao paciente foi de portar uma pistola calibre 7.65 e um revólver ROSSI calibre 32, o que não pode ser adjetivado como "um verdadeiro arsenal". Por outro lado, a despeito da menção a delitos de "tráfico de drogas, ameaça, lesões corporais, homicídios e outros", extrai-se da folha de antecedentes do paciente que a única decisão transitada em julgado refere-se ao delito do art. 157, § 2º, incisos I e II c/c art. 29 (duas vezes), na forma do art. 70 do Código Penal, circunstância apta a elevar a pena-base acima do mínimo, mas insuficiente para justificar sua majoração ao máximo.

Não obstante o reconhecimento da existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal – o que não se vislumbra *in casu*.

Neste sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. EXPRESSIVA LESIVIDADE DA CONDUTA. JULGAMENTO ADIADO PARA SESSÃO SEGUINTE. NOVA INTIMAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ADVOGADO. DESNECESSIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÁXIMO LEGAL. MAJORAÇÃO EXACERBADA. CONSTRANGIMENTO CARACTERIZADO.

1. Não há como reconhecer o princípio da insignificância quando se mostra expressiva a lesividade da conduta (R\$ 200,00).

2. "Adiada a sessão de julgamento para qual as partes foram regularmente convocadas, desnecessária se mostra a renovação da intimação, porquanto os interessados consideram-se automaticamente intimados para a sessão seguinte, daí não decorrendo qualquer ilegalidade" (EDcl no RMS 17.732/MT, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 19/9/05).

3. Não ofende a Súmula 241/STJ a consideração de condenações diversas como circunstância agravante e circunstância judicial.

4. A Folha de Antecedentes Criminais é documento hábil a comprovar a reincidência do réu.

5. Embora, no cálculo da pena, não fique o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fixação da pena-base no máximo legal, tão-somente pela má conduta social e personalidade desvirtuada, ofende flagrantemente o princípio da proporcionalidade.

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente a 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e a 13 dias-multa.

(HC 113.702/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009)

Por outro lado, a consideração do delito de roubo como fundamento para a exasperação da pena-base e, simultaneamente, como circunstância agravante constitui *bis in idem*, na forma da Súmula nº 241 desta Corte:

"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Do mesmo modo, constata-se constrangimento ilegal na fixação do regime inicialmente fechado de cumprimento da pena, bem como no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, sob fundamento da reincidência.

Diante do exposto, deve a ordem ser concedida para reformar a decisão e o acórdão recorridos quanto à dosimetria da reprimenda, determinando ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ que aplique o índice de aumento da pena, fixe o regime de cumprimento e aprecie a possibilidade de substituição da pena de forma fundamentada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotando o entendimento da Súmula nº 241 do STJ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0200451-9

HC 216.721 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090420253277 252664320098190042

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANGELA THEREZA HAUSSMANN MOURA BRITO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FÁBIO LUCIANO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.