HABEAS CORPUS Nº 289.853 - MT (2014/0048134-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial impetrado em favor de EDILSON RIBEIRO DA SILVA, em face de v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

O impetrante ajuizou ação de revisão criminal perante o eg. Tribunal **a quo** postulando pela: absolvição do paciente, em relação ao crime de roubo, por atipicidade da conduta; declaração de nulidade do processo a partir da retratação do corréu Carlos Fabiano, por violar os princípios do contraditório e ampla defesa; afastamento do gravame dos maus antecedentes e circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixando o regime semiaberto. O pedido foi julgado parcialmente procedente apenas para redimensionar a pena base. O v. acórdão vergastado ficou assim ementado:

> *"REVISÃO CRIMINAL PRELIMINAR MINISTERIAL – NÃO CONHECIMENTO - REITERAÇÃO DE MATÉRIA - REVISÃO CRIMINAL N.° 84.162/2011 AÇÃO ORIGINÁRIA ARQUIVADA - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - IRRESIGNAÇÃO - DOSIMETRIA DA PENA - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL - ANTECEDENTES CRIMINAIS - VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL INEXISTÊNCIA DE CERTIDÃO COMPROVANDO ANTECEDENTES - ARTIGO 621, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PENA BASE MINORADA EM 01 (UM) MÊS - MANUTENÇÃO DOS PARÂMETROS CONSTANTES NA SENTENÇA – EX OFFICIO - DOSIMETRIA DA PENA - PRIMEIRA FASE - EQUÍVOCO NA VALORAÇÃO - CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS DO CRIME, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO • PENA-BASE FIRMADA NO MÍNIMO LEGAL -- REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE E DE OFÍCIO, PENA-BASE MINORADA AO MÍNIMO LEGAL.*
>
> *Existindo nos autos comprovação que circunstância judicial utilizada para o cálculo da pena-base, na primeira fase da dosimetria da pena, foi valorada de forma equivocada pela autoridade judiciária sentenciante, cabe reparação do erro por esta instância, ainda que em Ação de Revisão Criminal, com supedâneo no artigo 621, III, do Código de Processo Penal.*
>
> *Evidenciado nos autos que as circunstâncias judiciais*

> *empregadas para exasperar a pena-base, foram aferidas de maneira equivocada, impõe-se a intervenção desta Instância Superior, para a correção do erro perpetrado em atuação de ofício"* (fl. 769).

Irresignado, insurge o impetrante contra o v. acórdão, revolvendo os mesmos argumentos aventados por ocasião do ajuizamento da ação revisional, postulando, ao final, pela concessão da ordem para absolver o paciente do crime de roubo, em razão da atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, pela fixação de regime semiaberto de cumprimento de pena (fls. 32-33).

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial da impetração e, nesta extensão, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR. ROUBO MAJORADO.*
>
> *1. A tese de atipicidade da conduta não é passível de exame em sede de writ por demandar o reexame aprofundado de fatos e provas.*
>
> *2. A delação extrajudicial do corréu foi corroborada por outros elementos de prova constantes dos autos, pelo que não caracteriza a espécie afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *3. O regime prisional fechado restou devidamente fundamentado nas circunstâncias da prática delitiva.*
>
> *4. Parecer pelo conhecimento parcial da impetração e, na parte conhecida, pela denegação da ordem"* (fl. 849).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 289.853 - MT (2014/0048134-1)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, II, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CP. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ROUBO COMO CONSEQUÊNCIA DA ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE QUADRILHA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE POR OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA PRODUZIDA EM FASE INQUISITORIAL E RATIFICADA EM JUÍZO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONDENAÇÃO ACIMA DE QUATRO ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.**: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/201; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Por se tratarem de delitos autônomos e independentes, a absolvição pelo crime de quadrilha não implica, necessariamente, na absolvição pelo cometimento do crime de roubo.

IV - Depreende-se da sentença que a condenação não se baseou tão somente em depoimento extraído da delação premiada, amparando-se, outrossim, em elementos coligidos tanto na fase inquisitorial quanto judicial, não havendo falar em nulidade do processo por ofensa ao contraditório e ampla defesa. Por outro lado, infirmar a condenação do paciente ao argumento de que as provas coligidas são insuficientes demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**. (**Precedentes**).

V - O reconhecimento de circunstância judicial desfavorável - que justificou a exasperação da pena-base - autoriza a fixação do regime inicial fechado, a despeito de o montante final da pena não ultrapassar oito anos de reclusão, a teor do disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.**: **HC** n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; **RHC** n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e **RHC** n. 117.268/SP, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ**

substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: **HC** n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; **HC** n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; **HC** n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e **HC** n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Em relação ao pleito absolutório, é cediço, nesta eg. Corte Superior, que a absolvição por meio do **habeas corpus** se situa no campo da excepcionalidade, visto que no processo penal vige o princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao julgador, desde que de forma fundamentada, decidir pela condenação ou absolvição. **In casu**, o impetrante invoca o argumento de que o paciente foi absolvido pelo delito de formação de quadrilha. Aduz que esta absolvição refletir-se-ia necessariamente no crime de roubo, porquanto o fato de o paciente ter sido indiciado como mentor da organização - na condição de agenciador de combustível roubado -, implicaria relação direta com o crime de quadrilha.

Com efeito, como bem elucidou o v. acórdão reprochado, não há um liame necessário entre os delitos. São autônomos entre si. A absolvição de um não implica, consequentemente, a absolvição do outro. Eis o excerto, **verbis**:

"Conquanto Edilson alegue a existência de fatos novos, sustentando que o crime de formação de quadrilha que lhe foi imputado e afastado no recurso de apelação trata-se de delito precedente e necessário à tipificação do crime de roubo - daí por que a sua condenação pelo cometimento do ilícito descrito no art. 157 do Código Penal não deve subsistir - impõe-se anotar que tal assertória não deve ser acolhida, porquanto é de trivial sabença que as ações delituosas em referência são autônomas, se consumam em momentos diversos e violam objetividades jurídicas distintas, ou seja, a paz ou a tranquilidade coletiva, e o patrimônio" (fl. 806).

Portanto, por se tratarem de delitos autônomos e independentes, a absolvição

pelo crime de quadrilha não implica, necessariamente, na absolvição pelo cometimento do crime de roubo.

No tocante à alegação de nulidade da condenação ante a suposta inobservância do contraditório e da ampla defesa, trago à colação o d. parecer ministerial, o qual adoto como razões de decidir, **verbis**:

"Demais disso, no que concerne a alegação de nulidade da condenação, pois fulcrada em depoimento de corréu colhido sem o contraditório e ampla defesa, observo que ao contrário do alegado, a condenação baseou-se não apenas na delação realizada, mas restou também fundamentada na confissão externada na fase policial pelos corréus Pedro e Haroldo, bem como pelas declarações dos policiais que diligenciaram no caso, além dos extratos constantes das fls. 327/340, relativos às chamadas registradas no aparelho de telefonia celular do paciente, comprobatórios dos inúmeros contatos mantidos entre este e Haroldo, no período de 30/01 a 06/02/02 e também pelo novo depoimento do corréu Carlos Fabiano prestado sob o crivo do contraditório.

Assim, sendo a delação extrajudicial do corréu corroborada por outros elementos de prova constantes dos autos, não resta caracterizada, na espécie, afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa" (fls. 851-852).

Por ocasião do julgamento do recurso de apelação - que antecedeu a revisão criminal cujo julgamento deu origem à presente impetração - o v. acórdão decidiu a **quaestio** da seguinte forma, **verbis:**

[...]

Em verdade, ao ser novamente interrogado em juízo, Carlos Fabiano (fls. 343/344) retificou o depoimento que havia prestado a fl. 158, voltando a admitir - como o fizera no instante do flagrante - a autoria do crime em comento e fornecendo detalhes sobre a participação dos demais sentenciados, não sendo estes intimados para o ato e nem representados por seus defensores bastante constituídos.

Tal fato, entretanto, não pode ser considerado como causa de nulidade absoluta do processo, impeditiva da condenação, pois para tanto a sentença hostilizada não teve exclusivo amparo neste segundo interrogatório judicial de Carlos Fabiano, quem, aliás, se limitou a ratificar a confissão que havia prestado à autoridade policial e da qual se relatara, quando interrogado pela primeira vez em juízo, ao argumento de que fora obtido mediante coação física.

Ao contrário, a sentença condenatória estribou-se no amplo contexto probatório, neste incluídos os depoimentos da vítima e de testemunhas, a confissão de Pedro Neto da Silva em ambas as fases do processado e a de Haroldo Gonçalves da Cruz, além dos relatórios constantes de fls. 327/340, que retraíam as chamadas recebidas e originadas do celular do apelante Edilson, demonstrando que ele e Haroldo

se comunicaram por 14 vezes entre 30-01 a 06-02-2002, "tempo em que o crime foi planejado e executado", conforme bem especificado na sentença" (fls. 777-778).

Como bem consignado no v. acórdão objurgado, pretende o impetrante *"provocar o reexame da matéria no que tange a tese de atipicidade da conduta; da ausência de provas para a comprovação do ilícito e a declaração da nulidade do processo a partir da retratação do corréu Carlos Fabiano, em razão da suposta violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não se prestando, pois, para a reapreciação tampouco de valoração de provas já analisadas"* (fls. 804/805). Não há falar, portanto, em nulidade do processo por violação à ampla defesa e contraditório.

Não obstante, infirmar a condenação do paciente ao argumento de que as provas coligidas são insuficientes demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido:

> *"[...]*
> *RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E CORRUPÇÃO ATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO DO ACUSADO QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS.*
> *1. A alegada inexistência de dolo do paciente, que teria agido em autodefesa, a ensejar a pretendida absolvição quanto ao crime de corrupção ativa, é questão que demanda aprofundada análise de provas, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão das peculiaridades do seu rito procedimental.*
> *2.* ***No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente****.*
> *[...]*
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente, que resta definitivamente fixada em 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa"* (HC n. 249086/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de

15/9/2014 - grifei).

O v. acórdão, no que tange à dosimetria da pena, assim estabeleceu:

"Nota-se dos trechos do édito judicial acima transcritos, que a sua prolatora valorou negativamente as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal, referentes à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, à conduta social, à personalidade, às circunstâncias, às consequências do crime, e ao comportamento da vítima.

No entanto, percebe-se que parte da fundamentação lançada pela sentenciante não serve ao fim almejado, qual seja, justificar o incremento da pena basilar, porque considera negativa a culpabilidade de Edilson com base em aspectos genéricos, afirmando que ele sabia "exatamente que suas práticas eram ilícitas". Valora negativamente os seus antecedentes sem indicar, nos autos, a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado.

Afere pejorativamente os motivos do crime, apenas com base no fato de o delito ter sido perpetrado pela ganância de obter lucro fácil, "mediante atuação criminosa em bando, causando grave ameaça, através de armas de fogo", conjuntura, essa, inerente ao tipo penal infringido.

Com relação à conduta social do requerente, vê-se que as alegações apontadas na sentença não passam de suposições, que, por óbvio, não podem influenciar na dosimetria da pena. De mais a mais, não há, nos autos, elementos consistentes que autorizem uma conclusão segura acerca da suposta personalidade violenta e amoral dele.

Em seguida, a togada de piso afirma que as consequências foram negativas, entrementes, não justifica tal assertiva com base em elementos concretos que dessem suporte à valoração desse quesito. Por fim, sopesa negativamente o comportamento da vítima sem apontar um único dado objetivo que dê embasamento a tal procedimento. Demais disso, como é cediço, o comportamento neutro do ofendido, situação comum em delitos como o que ora se apresenta, não pode ser considerado em desfavor do acusado.

Destarte, é imperioso reconhecer que a aferição negativa dos aludidos elementos octogonais tal como foi feita é incabível, porque, obviamente, os íundamentos acima mencionados não revelam a existência de motivos concretos que a justifiquem

[...]

Entrementes, as circunstâncias do ilícito foram valoradas pejorativamente de forma correia, pela magistrada, sendo imperioso destacar que a ação criminosa levada a cabo pelo requerente extravasou da normalidade e, em decorrência dos argumentos invocados na sentença condenatória, não merece reparos.

Diante do que foi exposto, revela-se necessária a reforma da dosimetria da sanção imputada ao recorrente, ainda que em sede de revisão criminal, para afastar a valoração negativa conferida à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, à culpabilidade, à personalidade, às consequências, e ao comportamento da vítima, permanecendo, apenas, a valoração pejorativa das circunstâncias do crime.

[...]

Assim, com base no princípio da individualização da pena, previsto no art. 5°, inciso XLVI, da Constituição Federal, passo a redimcnsionar a sanção de Edilson Ribeiro da Silva, fazendo-o da seguinte forma:

Em observância às orientações elencadas nos arts. 59 e 68 do Código Penal, como forma do ius puniendi estatal, ***considerando que subsistiu negativado apenas as circunstâncias do crime, fixo a sanção basilar em 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, por entender que esse quantitativo é suficiente e razoável para a prevenção e reprovação do crime praticado pelo revisionando****.*

Na segunda fase, tendo em vista a inexistência de atenuantes e diante da agravante prevista no art. 62, I do Código Penal (relativa a quem promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes), majoro a sanção em 6 (seis) meses de reclusão, encontrando a pena provisória de 4 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Na última etapa, não havendo a incidência de causas de diminuição e, em virtude da manutenção da incidência do coeficiente fracionário da causa de aumento prevista no inciso II do § 2° do art. 157 do Código Penal, no mínimo legal de 1/3 (um terço), fixo a pena final em 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Mantenho o regime de cumprimento da sanção no inicial fechado, tendo em vista que embora a pena aplicada nesta oportunidade seja inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a análise das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal não autoriza a cominação de regime mais brando, nos termos do art. 33, § 3° do Código Penal*"* (fls. 807-811 - grifei).

O exame do excerto do v. acórdão acima transcrito evidencia, a meu ver, adequação no estabelecimento do regime fechado, não havendo falar em flagrante ilegalidade a ser sanada na estreita via do presente **writ.**

Isso porque, a despeito do montante final da pena (**6 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão**), depreende-se da dosimetria realizada que o motivo da exasperação da pena-base foram as circunstâncias do crime.

Portanto, a valoração negativa da referida circunstância judicial, a **contrario sensu** do que dispõe o **enunciado 269 da súmula desta eg. Corte**, justifica a imposição do regime fechado, **ex vi** dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal.

Neste sentido é a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta eg. Corte de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 15 E 16 DA LEI N. 10.826/06. PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO.

REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. INOVAÇÃO VEDADA.

1. Se as penas-base de ambos os crimes são fixadas acima do mínimo legal em face da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, não há ilegalidade na imposição de regime inicial mais gravoso do que o abstratamente previsto de acordo com a quantidade de pena aplicada.

2. ***Embora a pena corporal não supere oito anos de reclusão, o regime inicial fechado decorreu da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, de acordo com os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal.***

3. A tese segundo a qual valoração negativa das circunstâncias judiciais procede de fundamentação inidônea não foi suscitada no recurso especial, o que impede sua análise, por se tratar de indevida inovação.

4. Agravo regimental conhecido em parte e desprovido" (**AgRg** no **REsp** n. 1471969/RN, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 27/11/2014 - grifei).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL DO AGENTE COM FUNDAMENTO EM AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODO INICIAL FECHADO QUE SE MOSTRA DEVIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, APENAS PARA REDUZIR A PENA-BASE. LIMINAR CASSADA.

[...]

3. ***Diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime inicial fechado ao condenado não reincidente, para o início do cumprimento da pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal.***

[...]

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, somente para reduzir a pena-base e redimensionar a pena final do paciente para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão. Liminar cassada" (**HC** n. 298129/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 17/11/2014 - grifei).

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

É o voto.