HABEAS CORPUS Nº 488.518 - RJ (2019/0004802-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	EDSON DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDSON DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, além da obrigação da participar de grupo reflexivo, pela prática do delito tipificado no art. 148, § 1º, I e IV, do Código Penal.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso, *"tão somente para afastar da condenação a obrigação de frequência ao grupo reflexivo"* (fl. 69).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que: **(I)** o Tribunal *a quo* incorreu em *reformatio in pejus*, pois teria inovado na fundamentação utilizada para manter a exasperação da pena-base; **(II)** o número de qualificadoras, por si só, não justifica o aumento da basilar; **(III)** e o paciente preenche todos os requisitos exigidos para a substituição da pena por restritivas de direito e para a suspensão condicional da pena (*sursis*).

Requer, em liminar e no mérito, a redução da pena-base, a substituição da reprimenda por restritivas de direitos, a aplicação de *sursis* e a suspensão da execução provisória da pena.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se *"no sentido de que se julgue prejudicado, em parte, o habeas corpus, e pela denegação da ordem na extensão conhecida"* (fl. 96).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em

substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se à pena-base.

A sentença condenatória considerou desfavorável uma circunstância judicial e exasperou a basilar em 1/6. Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* julgou inidôneo o fundamento utilizado pelo Juiz sentenciante para agravar a pena-base, todavia, tendo o delito sido praticado com a incidência de duas qualificadoras, considerou que tal motivo justificaria a manutenção do aumento em 1/6:

> *[...]*
>
> *A dosimetria penal, da mesma forma, não está a merecer nenhum pequeno reparo.*
>
> ***No ponto, cumpre salientar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial, na primeira das etapas do critério trifásico, se não for prevista como agravante." (STJ-HC 463.769/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018) Na espécie, muito embora assista razão à Defesa quanto à inidoneidade do fundamento para o incremento em 1/6 na pena-base, uma vez que a circunstância do réu praticar lesões corporais na vítima no mesmo contexto do cárcere privado não poderia servir para agravar a reprimenda básica se tal conduta, imputada na inicial, já havia sido fulminada pela prescrição, conforme se vê da sentença do doc. 258.***
>
> ***Por outro lado, apesar da condenação do réu reconhecer a incidência de duas qualificadoras (ele foi condenado por infringência ao art. 148, I e IV, do CP), a douta sentenciante somente se utilizou de uma delas para tipificar a conduta como crime qualificado na primeira fase da dosimetria, não fazendo incidir a subsequente em nenhuma etapa da dosimetria. Nesse passo, tratando-se de evidente equívoco, mostra-se plenamente possível a reforma da decisão para corrigi-la nesta via recursal, desde que, obviamente, não se altere o quantum final da reprimenda em prejuízo do réu, considerando tratar-se de recurso exclusivo da defesa.***
>
> *[...]*
>
> *Desse modo, utilizando-se uma das qualificadoras para tipificar o crime como qualificado e a outra como circunstância judicial negativa, mantendo-se o incremento em 1/6 (um sexto), fica a pena-base*

> *mantida em 02 anos e 04 meses de reclusão, restando assim acomodada em definitivo diante da inexistência de outros moduladores capazes de alterá-la.*
>
> *[...]*
>
> *Impossível acolher-se o pleito de substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Em que pesem as ponderações da douta Defensora Pública, nos termos do artigo 44, I do CP, não se podendo diminuir a abrangência da referida norma legal com a finalidade de se contornar a impossibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos crimes cometidos no âmbito familiar. Com efeito, não obstante a Lei n.*
>
> *11.340/2006 não vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, restringindo apenas a aplicação de pena de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência à pessoa.*
>
> *Por outro lado, apesar da pretensão punitiva estatal com relação ao crime de lesões corporais ter sido fulminada pela prescrição, o laudo de exame de corpo de delito da vítima produzido para sua comprovação revela que o crime de cárcere privado foi cometido mediante violência à pessoa, conforme constatado pelo expert ao descrever as lesões sofridas pela vítima, produzidas por ação contundente (doc. 117): verbis: "(...) ESQUIMOSES VIOLÁCEAS NAS REGIÕES: PERIORBITARIA DIREITA E ESQUERDA; LATERAL DA PERNA ESQUERDA: FERIDAS COM SECREÇÃO AMARELADA NAS REGIÕES: DORSO DO PÉ ESQUERDO MEDINDO 50 MM , PALMA DA MÃO DIREITA MEDINDO 55MM 5 QUINTO QUIRODACTILO DIREITO MEDINDI 15 MM. " - o que, de pronto, já impede o benefício pelo não preenchimento do requisito para a substituição da pena, inserto no inciso I do art. 44 do Código Penal.* (fls. 64/67)

Inicialmente, no que se refere à aventada *reformatio in pejus*, a jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Quinta Turma:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DELITO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 146, § 1º, CP). DOSIMETRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA AFASTADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL E FUNDAMENTADO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL PRESERVADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

III - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial, sem que se incorra em reformatio in pejus.

IV - No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese.

V - "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

Habeas corpus não conhecido. (HC 477.281/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSUIR E MANTER EM DEPÓSITO ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES PARA A MAJORANTE DO ARTIGO 40, IV, DA LEI DE DROGAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO OBRIGATÓRIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL.

DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES POR NÃO CONSTAREM DO LAUDO DEFINITIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA PENAL E REGIME INICIAL. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES APREENDIDAS. MODO DE EXECUÇÃO. VALORAÇÃO DEVIDA. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FRAÇÃO DE REDUÇÃO E REGIME INICIAL. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção ou redução da pena ou do regime inicial; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta ao paciente foi reduzida e mantido o modo fechado de execução.

[...]

6. Habeas Corpus não conhecido. (HC n. 358.518/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à revaloração destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Habeas corpus não conhecido. (HC 368.323/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016)

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.

> *MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO RECORRENTE INALTERADA.*
>
> ***1. Sabe-se que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar novas fundamentações, desde que não agrave a situação do recorrente.***
>
> ***2. No presente caso, o Tribunal estadual, afastando algumas circunstâncias judiciais negativas, manteve o reconhecimento dos maus antecedentes e a quantidade e a natureza da droga apreendida, sem alterar a pena-base fixada pelo juiz sentenciante, inexistindo, portanto, o alegado reformatio in pejus.***
>
> *REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp n. 904.283/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 7/10/2016)

Já em relação ao fundamento utilizado para aumentar a pena-base, cumpre assinalar que *"a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal"* (HC 402.851/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017).

Na hipótese em foco, o ora paciente fora condenado por cárcere privado com a incidência de duas qualificadoras. Ao dosar a pena, o Tribunal *a quo* utilizou uma para qualificar o delito e outra como circunstancia judicial, não havendo, portanto, flagrante ilegalidade a ser sanada por esta Corte.

A segunda controvérsia, refere-se à substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Malgrado a Lei n. 11.340/2006 não vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, obstando apenas a imposição de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o art. 44, I, do CP proíbe a conversão da pena corporal em restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência ou

grave ameaça à pessoa.

Assim, este Superior Tribunal de Justiça tem proclamado, em casos de crimes contra a mulher em âmbito doméstico, a inviabilidade da substituição da pena. Sobretudo nas hipóteses como a em questão, onde, não obstante a sanção imposta tenha sido inferior a 4 anos, as instâncias ordinárias constataram que o crime foi cometido com emprego de violência à pessoa, o que impede a obtenção da benesse, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> ***1. Restado comprovada nos autos a prática da contravenção penal inscrita no art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41 por ter o ora agravante agredido sua ex-companheira com chutes, empurrões, puxão de cabelo e tapas, no âmbito das relações domésticas, inviável torna-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que, à luz da sólida jurisprudência desta Corte Superior, o inciso I do art. 44 do Código Penal exige para tanto que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, requisito que alcança a contravenção penal em questão.***
>
> *2. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, fundamento autônomo da decisão agravada. Incidência, por analogia, da Súmula 182/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1567087/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 6/11/2017)

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LESÃO CORPORAL NO CONTEXTO FAMILIAR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INCABÍVEL. SÚMULA 588/STJ. DESPROPORCIONALIDADE DO SURSIS ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DO BENEFÍCIO NA AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não*

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Malgrado a Lei n. 11.340/2006 não vede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, obstando apenas a imposição de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o art. 44, I, do CP proíbe a conversão da pena corporal em restritiva de direitos quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

3. Nos moldes da Súmula 588/STJ, "a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

4. O cumprimento da pena privativa (3 meses de detenção) ou das condições do sursis da pena depende de escolha exclusiva do réu.

Tratando-se de benefício facultativo, caso o paciente entenda ser tal benefício mais gravoso do que o desconto da sanção corporal a ele imposta, deverá recusar tal benesse na audiência admonitória a ser designada após o trânsito em julgado do decreto condenatório.

5. Writ não conhecido. (HC 455.692/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme de 'o art. 44, I, do Código Penal, impede aos condenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça no âmbito doméstico a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos' (HC 293.534/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/4/2016).

2. A possibilidade de proposta de suspensão condicional da pena não foi alvo de deliberação pelo Tribunal Estadual, o que impede a análise do tema nesta Corte, ante o óbice da Súmula n. 211/STJ. Não obstante, entendo que o acusado não faz jus ao benefício, visto que não preenche todos os requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, por se tratar de crime cometido mediante violência, ou seja, consta nos autos que o réu praticou vias de fato contra a vítima, sua ex-convivente, desferindo-lhe tapas no rosto e puxões de cabelo.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1547408/MS, de Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 16/8/2017)

Nesse contexto, foi editado o Enunciado n. 588 da Súmula do STJ, segundo o qual, *"a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos"*.

Prosseguindo, incabível a solicitada suspensão condicional da pena, tendo em vista a manutenção da quantidade de pena imposta (superior a 2 anos), nos termos do art. 77 do Código Penal.

Por fim, o pleito de suspensão da execução provisória da pena encontra-se prejudicado, em razão do trânsito em julgado do acórdão impugnado (conforme consta no *site* do Tribunal de origem).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator