

HABEAS CORPUS Nº 508.316 - SC (2019/0126178-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PEDRO HENRIQUE PIRO MARTINS - SP349735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : THIAGO GOTERRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **THIAGO GOTERRA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 228-233).

Inconformada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, I, E II, DO CÓDIGO PENAL – VIGENTE AO TEMPO DOS FATOS). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO. PROCEDIMENTO DEVIDAMENTE AUTORIZADO PELO MAGISTRADO A QUO. ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS. NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA DELEGACIA DE POLÍCIA. IDENTIFICAÇÃO INFORMAL QUE POSSUI VALOR PROBATÓRIO, ESPECIALMENTE QUANDO RATIFICADA EM JUÍZO. PREFACIAIS AFASTADAS.

MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DAS VÍTIMAS E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NEGATIVAS DOS RÉUS ISOLADAS E CONTRADITÓRIAS. CONJUNTO DE PROVAS APTO A RESPALDAR O DECRETO CONDENATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO. INVIABILIDADE. SANÇÃO APLICADA COM ATENÇÃO ÀS DIRETRIZES DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E AOS DEMAIS PARÂMETROS LEGAIS. FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS), NA TERCEIRA FASE, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. MANUTENÇÃO.

CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES COMPROVADAS PELAS DECLARAÇÕES DOS OFENDIDOS. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DO

ARTEFATO BÉLICO. MAJORANTES PRESERVADAS.
REGIME PRISIONAL ESTABELECIDO NO SEMIABERTO.
ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS (ART. 33, § 2º, "B", DO CP).
SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.
DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ANÁLISE PREJUDICADA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA. NOVEL ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.
RECURSO DE UM DOS RÉUS CONHECIDO EM PARTE, E NÃO PROVIMENTO DE AMBOS." (e-STJ, fls. 342-343).

Nesta impetração, alega a defesa manifesto constrangimento ilegal na condenação do paciente, uma vez que a autoria delitiva ocorreu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico não corroborado por outros elementos probatórios.

Sustenta, ainda, ilegalidade na dosimetria, por ausência de fundamentação idônea na exasperação da pena na terceira fase, contrariando a Súmula 443/STJ.

Ao final, requer, em sede liminar, a suspensão dos efeitos da condenação, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, postula a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido por ausência de provas. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena imposta.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ, fls. 369-370), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ, fls. 373-380).

É o relatório.

Decido.

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.

Ademais, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - **Mostra-se inviável o pedido de absolvição do paciente por ausência de provas, porquanto evidente a necessidade de amplo reexame do material fático-probatório dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.**

II - Mostra-se possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal quando as circunstâncias do crime ultrapassarem aquelas ínsitas ao tipo penal e o aumento se basear em elementos concretos, como no caso, em que a pena-base em relação ao delito de estupro foi exasperada em um ano em razão das lesões corporais praticadas em face da vítima.

III - É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.736/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 9/5/2017, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de absolvição demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*.

3. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que "é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego" (HC 343.524/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2016).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.556/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016, grifou-se).

Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

Além disso, o reconhecimento fotográfico dos corréus, que fora efetuado durante o inquérito, foi ratificado em juízo pelas vítimas, tendo ele sido corroborado por outros elementos de convicção amealhados nos autos, sendo, portanto, descabido falar em nulidade da prova e, por consectário, em carência de provas para a condenação do paciente.

Nesse sentido:

"[...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.

Precedentes.

2. Na espécie, ainda que o reconhecimento fotográfico do paciente não tenha observado os ditames do artigo 226 da Lei Penal Adjetiva, o certo é que foi contrastado com os demais elementos de convicção reunidos no curso da instrução criminal, os quais, segundo a instância de origem, são aptos a comprovar a autoria delitiva, o que afasta a ilegalidade suscitada na impetração.

CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA PRODUZIDA NA FASE INQUISITORIAL. SENTENÇA QUE EXPRESSAMENTE FAZ MENÇÃO AOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS JUDICIALMENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que tanto o magistrado singular quanto a autoridade impetrada apoiaram-se, também, em elementos de prova reunidos sob o crivo do contraditório, não havendo que se falar, assim, em ofensa ao artigo 155 do Código de Processo Penal.

ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma

fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido" (HC 460.136/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe 30/8/2018, grifou-se).

Por outro lado, melhor sorte socorre à impetrante quanto à terceira fase da dosimetria.

Com efeito, a sentença aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço).

Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 desta Corte:

"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016, grifou-se)

Nesse contexto, evidenciada flagrante ilegalidade na dosimetria, passa-se

à nova individualização das penas.

Partindo da pena definida na segunda fase da dosimetria, que fora definida em 4 anos de reclusão, deve incidir à espécie o aumento de 1/3, chegando-se a 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** a ordem, de ofício, apenas para reduzir a reprimenda a 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório, com a extensão dos efeitos da ordem ao corréu ELIAS DE SOUZA PINHEIRO.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

