HABEAS CORPUS Nº 428.316 - RJ (2017/0320251-2)

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	:	MARCOS VINICIUS LOPES DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCOS VINÍCIUS LOPES DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pelo delito tipificado no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, à pena de 3 anos de reclusão em regime aberto, substituída por restritivas de direitos. Em apelação da acusação, essa substituição foi cassada, em razão da condenação também pelo delito do art. 329 do Código Penal.

No presente *writ*, a impetrante afirma que o Tribunal de origem proferiu julgamento *ultra petita*, pois o Ministério Público, nas razões da apelação, requereu apenas a condenação do paciente pelo delito de resistência, não impugnando a substituição da pena.

Requer, em liminar e no mérito, o restabelecimento da sentença nesse ponto.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 69/74).

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.

No caso, embora a substituição da pena do delito de porte ilegal de arma

de fogo não ter sido impugnada nas razões de apelação do Ministério Público, o Tribunal *a quo* afastou-a em decorrência da condenação do paciente também pelo delito de resistência, o qual é praticado mediante violência, conforme se verifica dos seguintes trechos:

> *[...]*
>
> *O Ministério Público não se conformando com a decisão guerreada pugna em suas razões recursais pela reforma da sentença, a fim de que o acusado seja condenado pelo delito previsto no artigo 329, do Código Penal.*
>
> *[...]*
>
> *Entendo haver a configuração dos elementos tipificadores do delito em questão, eis que o acusado, ao empunhar arma de fogo e efetuar disparos, na direção dos Policiais Militares, em oposição à execução de ato legal, qual seja, efetivar a prisão de supostos personagens que estavam traficando no local, deve responder pelo delito de resistência.*
>
> *Entendo estar comprovada a oposição, à execução de ato legal, mediante violência, com emprego de arma de fogo, em desfavor do contingente policial.*
>
> *Importante ressaltar que restou comprovado que a arma de fogo apreendida, se encontrava na posse do acusado e tendo sido submetida a realização de exame pericial, constatou condições de produzir disparos, conforme se apura da leitura do Laudo de Exame em Arma de Fogo, acostado aos presentes autos virtuais.*
>
> *Até o presente momento, não se verifica qualquer explicação razoável, para a suposta imputação de tão graves fatos, ao acusado, sendo certo que a prova dos autos forneceu dados idôneos e seguros para condenação na forma da exordial acusatória.*
>
> *[...]*
>
> *Desta forma, diante das considerações traçadas acima, em razão da condenação pelo injusto previsto no artigo 329, do Código Penal, realiza-se a nova dosimetria da pena, adotando, para tanto, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.*
>
> *Estabeleço a pena mínima prevista em abstrato, eis que o acusado é primário e ostenta bons antecedentes, não havendo agravantes ou atenuantes a serem consideradas, nem causas de aumento ou diminuição aqui cabíveis, razão pela qual, fixo a pena em 02 (dois) meses de detenção.*
>
> *A pena corporal fixada para o delito previsto no artigo 16, caput, da Lei 10.826/03 foi estabelecida no mínimo legal, previsto em abstrato, ou seja, em 03 (três) anos e 10 (dez) dias multa.*
>
> *Por fim, em razão do concurso material entre os dois crimes, prevista no art. 69 do Código Penal, estabeleço a sanção definitiva em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, de reclusão*

> *e 02 (dois) meses de detenção.*
>
> *Mantenho o regime aberto estabelecido pelo juízo de piso.*
>
> *Registre-se, que na hipótese, dadas as circunstâncias fáticas deste caso concreto, diante da condenação pelo delito de resistência, incabível a substituição da pena privativa da liberdade, por restritivas de direito, oportunidade em que afasto o benefício anteriormente concedido ao apelante, em razão da vedação legal prevista no artigo 44, inciso I, do Código Penal.*
>
> *[...]* (fls. 28/35).

O acórdão merece reforma, uma vez que a dosimetria dos delitos é realizada de forma individualizada, de maneira que a violência empregada na resistência não impede a substituição da pena no porte ilegal de arma de fogo.

Além disso, a questão referente à substituição da pena foi alcançada pelo instituto da preclusão, porque não foi objeto da apelação.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para restabelecer a substituição da pena do delito do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator