

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 531.537 - ES (2019/0265050-8)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CLAUDINER REZENDE DA SILVA - MG087219
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : MARCOS GUIMARAES BOTELHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARCOS GUIMARAES BOTELHO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no julgamento da Revisão Criminal n. 0019666-27.2019.8.08.0000.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II (2x), na forma do artigo 69, c/c artigo 65, inciso III, alínea "d", e artigo 61, inciso II, alínea "h", todos do Código Penal. O Tribunal de Justiça, por sua vez, em sede de apelação, excluiu o concurso material e reconheceu a continuidade delitiva prevista no art. 71, conforme acórdão de fls. 49/68.

Julgou-se parcialmente procedente o pedido de revisão criminal formulado pelo ora paciente, tendo a pena sido fixada definitivamente em 7 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e 17 dias-multa (acórdão de fls. 93/103).

Na presente impetração, a defesa sustenta que o magistrado *a quo* não seguiu o exposto no art. 387 do CPP, na medida em que deixou de qualificar o paciente na parte dispositiva da sentença, o que configura vício insanável, sendo a decisão nula.

Alega, ainda, ausência de fundamentação da sentença para valorar negativamente as circunstâncias desfavoráveis dos motivos, culpabilidade e circunstâncias do crime, tendo utilizado o julgador de conceitos vagos.

Requer, meritoriamente, seja declarada a nulidade da sentença. Alternativamente, pugna pelo redimensionamento da reprimenda básica ao mínimo legal.

Não houve pedido de medida liminar.

Parecer ministerial pelo não conhecimento do *writ* (fls. 108/115).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Decido.

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.

De início, na esteira do assinalado no parecer ministerial da lavra da douta Subprocuradora-Geral da República ANA BORGES COELHO SANTOS, o magistrado *a quo* bem fundamentou a sentença, deixando apenas de constar o nome do paciente no dispositivo por um erro material, não havendo falar em nulidade processual configurada que merece correção via presente *mandamus*.

Este Sodalício tem orientação jurisprudencial firmada no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual se a arguição do vício não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte, em homenagem ao art. 563 do Código de Processo Penal. Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO ESCALONADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. INVIABILIDADE DE EXAME DIRETO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO RECONHECIMENTO. CONFORMIDADE LEGAL. ART. 41 DO CPP. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, "prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ" (HC n. 320.306/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 11/10/2016), não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio. Essa compreensão é ressalvada apenas em situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. Esta Corte Superior também tem entendimento de que, em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade de ato processual se a arguição do vício: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte.

3. A tese de nulidade do julgamento dos embargos opostos

Superior Tribunal de Justiça

pela acusação à decisão de pronúncia, por ausência de intimação prévia da defesa, não foi examinada pelo Tribunal a quo e contra essa omissão não foram opostos embargos declaratórios pela defesa. Nessa quadra, é inviável ao Superior Tribunal de Justiça emitir pronunciamento imediato sobre a questão, sobretudo porque preclusa, sob pena de incidir em supressão de instância.

4. Ainda que se trate de matéria juridicamente relevante, como não foi examinada pela Corte de origem, não há como o Superior Tribunal de Justiça, dentro da competência que lhe foi outorgada pela Constituição Federal, aferir a ilegalidade ou teratologia do acórdão, se os fundamentos de fato e de direito ali empregados para manter a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau não versam sobre a controvérsia jurídica ora apresentada. Precedentes do STF e do STJ.

5. A denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), a peça vier acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

6. Se o órgão acusador apontou, satisfatoriamente, a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas, aptos a deflagrar a ação penal, não há nulidade a ser reconhecida. Ademais, para a primeira fase da persecução penal somente é necessário um juízo de probabilidade, esse existente nos autos.

7. Não bastasse, verifica-se que a defesa não se descurou de demonstrar o prejuízo concreto que estaria sendo suportado pelos pacientes, derivado do oferecimento da denúncia nos termos já descritos, se a exordial acusatória apresentou narrativa congruente dos fatos, de forma suficiente a garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

8. Também não há que se falar em excesso de linguagem, se, da forma como foi descrita, a pronúncia apenas sintetizou bem os fatos, com esboço nas provas até então colhidas, para destacar a prova da materialidade delitiva, os indícios de autoria e das circunstâncias em que supostamente se deu o crime – homicídio qualificado pelo meio cruel e pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima –, de maneira a permitir uma possível incidência de parte das qualificadoras apontadas pela acusação, sem expressar, para tanto, a convicção pessoal do Juízo singular quanto à culpa dos acusados.

9. Denegada a ordem." (HC 380.034/RS, relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe de 01/08/2018)

No que refere à pena-base, tampouco merece prosperar a irresignação.

O Tribunal de origem, considerando as restritas hipóteses de cabimento da revisão criminal, entendeu inexistentes os vícios alegados, sob os seguintes fundamentos:

"[...]"

Superior Tribunal de Justiça

No que se refere ao redimensionamento da pena-base, verifico que o magistrado sentenciante a exasperou em 01 (um) ano acima do mínimo legal.

Em atenta análise dos elementos contidos dos autos, observa-se que o ora revisionante juntamente com seus comparsas durante a prática delitiva e com o fim de permitir o êxito da empreitada criminosa restringiram a liberdade das vítimas, prendendo-as no banheiro.

Tal circunstância do caso concreto extrapola as elementares do tipo penal do roubo e, permite a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

Assim, entendo que não merece retoques a dosimetria na primeira fase dosimétrica realizada, uma vez que inexistente qualquer ilegalidade na pena aplicada, haja vista que razoável, proporcional e adequada às circunstâncias do caso concreto."

É consabido que, na primeira fase da dosimetria da pena, o julgador, fazendo uso de sua discrecionariiedade juridicamente vinculada, deve considerar as particularidades do caso concreto, à luz do art. 59 do Código Penal e do princípio da proporcionalidade. A esta Corte, cabe apenas o controle da legalidade dos critérios adotados, bem como à correção de frações discrepantes.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRIME POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA VALORAR NEGATIVAMENTE OS ANTECEDENTES DO AGENTE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AFASTADAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim

Superior Tribunal de Justiça

de reduzir a pena imposta ao paciente para 1 ano de reclusão, além de 10 dias-multa, bem como estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da reprimenda, mantida, no mais, a sentença condenatória.

(HC 428.562/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018)

No caso, a pena-base do paciente foi aumentada em razão da valoração negativa do vetor circunstâncias do delito – restrição à liberdade da vítima ao prendê-la no banheiro. A fundamentação apresentada acima mostra-se idônea, baseada em elementos concretos, cuja avaliação está situada no campo da discricionariedade do julgador. Sendo assim, não é possível, sobretudo em *habeas corpus*, desconsiderá-la, como pretende o impetrante.

Ilustrativamente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO MEDIANTE FRAUDE DE FINANCIAMENTO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MANTIDAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS MOTIVOS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.

O entendimento firme desta Corte Superior é no sentido de que a dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, desautoriza a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 1595637/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/08/2018)

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

Publique-se.

Intime-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

