

HABEAS CORPUS Nº 518.604 - SP (2019/0187497-9)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : LEANDRO PASCHOAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PASCHOAL (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado de próprio punho em favor de Leandro Paschoal contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 9000001-16.2012.8.26.0322.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de **10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado**, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, III e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal (fls. 14-16).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 16-19.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois, uma vez reconhecida a tentativa, a pena deveria ter sido reduzida em seu grau máximo.

Aduz ser necessário o reconhecimento da participação de menor importância e a diminuição da reprimenda.

Assere ser premente a diminuição da sanção, tendo em vista a confissão do acusado.

Defende que, em razão da agravante a reincidência, a pena deveria ser exasperada em 1/8 (um oitavo).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja: i) aplicado a fração de 1/8 (um oitavo), em função da agravante da reincidência; ii) diminuída a sanção em maior proporção, tendo em vista a modalidade tentada.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 27-66.

A Defensoria Pública assim se manifestou (fls71-72):

“Assim, no sentido de preservar os interesses do paciente, solicitamos a concessão da ordem de ofício conforme requerida na inicial, caso assim entenda V. Exa ou, subsidiariamente, que a presente petição seja encaminhada ao E. TJ/SP para, se possível, formação de expediente de revisão criminal em favor do mesmo, com oportuna abertura de vista à Defensoria Pública local para oferecimento de razões”.

O Ministério Público Federal, às fls. 76-81, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM.

1. Diante das conclusões assentadas, alterar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas das provas, para o fim de acolher as teses do impetrante/paciente, exigiria amplo reexame da matéria fático-probatória, providência que não pode ser dirimida nesta via, uma vez que o habeas corpus não permite dilação probatória.

*2. Como o presente **mandamus** é substitutivo de revisão criminal e as alegações da defesa não foram submetidas ao Juízo da execução e ao Tribunal local, não cabe a essa Corte Superior conhecer, originalmente, da matéria sob pena de indevida supressão de instância.*

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento da ordem de habeas corpus e pelo envio dos autos à Defensoria Pública para, considerando a situação em que se encontra o paciente,

requerer o que entender de direito.” (fl. 76).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Conforme relatado, busca-se na presente impetração: i) a aplicação da fração de 1/8 (um oitavo), em função da agravante da reincidência; ii) a diminuição da sanção em maior proporção, tendo em vista a modalidade tentada; e iii) o reconhecimento da participação de menor importância.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“No que concerne à dosimetria da pena aplicada, não merece reparo.

A pena-base foi, devidamente, exasperada em 1/6 (um sexto), pois a segunda qualificadora foi considerada como circunstância judicial

desfavorável, que deve prevalecer.

A seguir, a pena foi novamente majorada em 1/6 (um sexto) pela reincidência (fl. 9, do apenso próprio), o que se apresenta como razoável.

Operou-se, então, a redução de 1/3 (um terço), em decorrência da tentativa, índice compatível com o iter criminis percorrido” (fls. 34-35, grifei).

Como é cediço, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição da pena em razão de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Entretanto, a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de **1/6 (um sexto)** para aumento ou diminuição da pena pela **incidência das agravantes ou atenuantes genéricas**. Eventualmente, diante de particularidades do caso e mediante motivação idônea, é possível a adoção de fração superior ou inferior a 1/6 (um sexto).

Na hipótese em foco, não se vislumbra nenhuma particularidade que justifique o incremento da pena em fração menor de 1/6 (um sexto), ante a incidência da agravante da reincidência.

De outro lado, assinale-se que o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

No caso em apreço, a Corte local aplicou a redução pela tentativa em 1/3 (um terço), tendo em vista o **iter criminis** percorrido pelo agente.

Neste contexto, não se vislumbra ilegalidade perpetrada a ser reparada.

Ademais, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões da impetração, **demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos**, situação vedada na via estreita do **habeas corpus**.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. QUANTUM DE REDUÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. SUM. 7/STJ.

*I - A redução da pena pela tentativa deve observar o estágio do **iter criminis** já percorrido pelo agente. Quanto mais perto da consumação, menor vai ser a fração redutora, pois maior reprovabilidade merece sua conduta.*

[...]

III - Concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, pela aplicação da fração no valor de 1/3 (um terço), a modificação deste patamar demanda incursão no conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp n. 1186234/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares Da Fonseca**, DJe 19/02/2018, grifei).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. DECURSO DE LAPSO SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DELITO PRATICADO NA MODALIDADE TENTATIVA. QUANTUM DE REDUÇÃO. ITER CRIMINIS. CRITÉRIO IDÔNEO. REEXAME DE PROVAS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

*3. Na escolha do quantum de redução da pena, em razão da tentativa (art. 14, II, do Código Penal), o Magistrado deve levar em consideração somente o **iter criminis** percorrido, ou seja, quanto mais próxima a consumação do delito, menor será a diminuição, o que foi devidamente observado no caso concreto. A modificação do entendimento sobre a maior ou menor*

proximidade da consumação do delito, adotado pelas instâncias ordinárias, demanda o reexame minucioso da matéria fática, vedado na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

4. ***Habeas corpus não conhecido.***” (HC n. 476.241/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 19/12/2018, grifei).

Por fim, quanto ao reconhecimento da participação de menor importância, observa-se que a referida tese não foi enfrentada pela eg. Corte de origem.

Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre **o referido tema** exposto na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

4. ***Habeas corpus não conhecido.***” (HC n. 480.651/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe 10/04/2019, grifei).

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO

LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido." (HC n. 339.352/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 28/08/2017).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator