

30/08/2011

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 103.658 MATO GROSSO DO SUL**

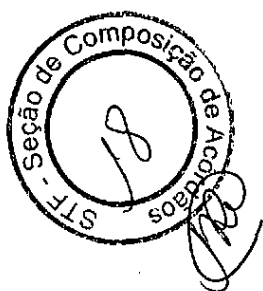
RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S)	: RENATO JOSE ALVES
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO ÂMBITO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. (ART. 12 C/C ART. 18, INCISO IV, DA LEI 6.368/76). DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DECISÃO FUNDAMENTADA. ILEGALIDADE. ABUSO DE PODER. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, INDEFERIDA.**

1. O habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário máxime quando se pretende reavaliar o contexto fático-probatório para se alterar a dosimetria da pena imposta na condenação, suficientemente fundamentada e indene de ilegalidade ou abuso de poder apto a justificar a reforma da sua aplicação. (Precedentes: HC 107.488/PR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento em 14/6/2011; HC 104.902/SP, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento em 3/5/2011; HC 105.677/PE, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento em 24/5/2011.)

2. In casu, o paciente foi flagrado em sua cela na posse de 82 papелotes de maconha destinados à comercialização no interior do estabelecimento penal, sendo condenado como incurso nas sanções do artigo 12 c/c artigo 18, inciso IV, da Lei 6.368/76, restando a pena definitiva fixada em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 120 (cento e vinte) dias-multa.

3. A supressão de instância impede que sejam conhecidos, em sede de *habeas corpus*, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores, como v.g. ; a aplicação da causa especial de aumento. *Writ* não conhecido,



**HC 103.658 / MS**

no ponto. (Precedentes: HC 103.835/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010; HC 100.616/SP, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 08/02/2011.)

4. Ordem parcialmente conhecida, e nessa parte, indeferida.

### **A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte, da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, em denegá-la, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de agosto de 2011.

Luiz Fux - Relator

*Documento assinado digitalmente*

30/08/2011

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 103.658 MATO GROSSO DO SUL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: RENATO JOSE ALVES</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENATO JOSÉ ALVES, tendo por autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual se pretende reforma na dosimetria da pena aplicada em condenação criminal.

Extraí-se dos autos que o paciente, detento da Penitenciária de Segurança Média de Três Lagoas/MS, foi condenado, pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS, como incurso nas sanções do artigo 12 c/c artigo 18, inciso IV, da Lei 6.368/76, por tráfico de drogas, com a incidência da causa de aumento relativa ao fato do crime ter sido praticado no âmbito de estabelecimento prisional. A pena definitiva restou fixada em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 120 (cento e vinte) dias-multa.

Narra a sentença<sup>1</sup> que, em 19/12/2005, o paciente foi flagrado em sua cela na posse de 82 papелotes de maconha destinados à comercialização no interior do estabelecimento penal. Instruído o feito, houve a condenação, objeto de apelação pela defesa.

A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul decidiu o recurso em acórdão assim ementado (fls. 165):

---

1 Fls. 104 do Apenso.

HC 103.658 / MS

APELAÇÃO CRIMINAL – NARCOTRÁFICO – ART. 12, CAPUT, C.C. 18, IV, LEI 6.368/76 – ABSOLVIÇÃO NEGADA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PAPELOTES DE MACONHA EM CELA DE ESTABELECIMENTO PENAL – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO P/ ART. 16 LEI 6.368/76 – AFASTADO – USUÁRIO TRAFICANTE – MAJORANTE DO ART. 18, IV, LEI 6.368/76 – MANTIDA, EXACERBAÇÃO DA PENA ALEGAÇÃO BIS IN IDEM – NÃO-OCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Dessa forma, a condição de usuário não obsta a prática de traficância, que restou claramente configurada diante da versão contraditória do apelante. E pelas demais provas colimadas no curso do processo. Para a configuração do tipo penal previsto no artigo 12, caput, da Lei 6.368/76, não é necessário o contato do preso com o mundo externo. O fato de ser o apelante presidiário não retira o juízo de responsabilidade nem constitui motivo de inimizabilidade.

Impetrado *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, a Quinta Turma decidiu o *writ* em acórdão com a seguinte ementa (fls. 65)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO APRECIADO E CONCEDIDO NOS AUTOS DO HC N.º 79.878/MS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. O pleito de afastamento do óbice para a progressão de regime não merece ser conhecido, por se tratar de reiteração do pedido deduzido no HC n.º 79.878/MS, no qual foi concedida a ordem.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou

HC 103.658 / MS

suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

3. A despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, que é a de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 81.795/MS, Relatora Min. Laurita Vaz, Quinta Turma do STJ, Julgamento em 9/10/2010)

No *habeas corpus* ajuizado nesta Suprema Corte, a parte impetrante pugna pela reforma da dosimetria da pena, em especial, pede a fixação da pena-base no mínimo legal, com os seguintes argumentos: a) equivocada apreciação da personalidade do agente no exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal; b) equivocada consideração da quantidade de droga encontrada, que é objeto de valoração pelo próprio tipo penal; c) a aplicação da causa de aumento do inciso IV do art. 18 da Lei 6.368/76 só é cabível quando o agente não está preso; d) retroatividade de norma mais benéfica, no caso, o inciso III do art. 40 da Lei 11.343/07, que diminuiu o patamar mínimo para a causa de aumento, que era de 1/3 (um terço), e agora é 1/6 (um sexto).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem em parecer da lavra do Subprocurador-geral Edson Oliveira de Almeida com o seguinte teor (fls. 15/16)

“(…)

2. Nada há o que corrigir. Ao proceder à individualização da pena a sentença destacou duas circunstâncias desfavoráveis ao paciente que, sem dúvida, denotam maior grau de culpabilidade: antecedentes criminais e a quantidade da droga

HC 103.658 / MS

apreendida (vinte e cinco gramas de entorpecentes acondicionados em oitenta e dois papелotes), a evidenciar o firme propósito à traficância. Além disso, presente a agravante da reincidência e também a causa de aumento de pena prevista no artigo 18, inciso IV da Lei 6368/76, vez que o delito foi cometido no interior de estabelecimento penal.

3. Portanto, suficientemente justificada a exacerbação, não cabe, nesta via, questionar a quantidade de pena aplicada: *não cabe reexaminar, no âmbito do remédio heróico, os elementos de convicção essenciais ao estabelecimento da sanção penal, porque necessária, para tanto, a concreta avaliação das circunstâncias de fato subjacentes aos critérios legais que regem a operação de dosimetria da pena (HC 90.045-RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa); não é o 'habeas corpus' meio idôneo para reexaminar a intensidade da dosagem da pena que decorre da análise de elementos de fato (HC 70.289-PR, rel. Min. Moreira Alves).*

4. Isso posto, opino pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

30/08/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 103.658 MATO GROSSO DO SUL

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A ordem não merece prosperar.

*Prima facie*, trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Tal utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso *sub judice*, em que se pretende a revisão da dosimetria da pena.

A matéria foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, no voto da lavra da Ministra Laurita Vaz, com o seguinte teor (fls. 119/122 do Apenso):

No tocante à dosimetria da pena, a sentença condenatória, no que foi mantida pelo acórdão impugnado, assim fundamentou a exasperação da pena-base aplicada ao ora Paciente, *in verbis*:

"[...]

*Analizando as circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal, considerando-se que o réu possui antecedentes criminais (fls. 34/38); considerando-se também a quantidade de drogas réu (vinte e cinco gramas de entorpecentes acondicionados em oitenta e dois papérolas), a evidenciar o firme propósito à traficância; fixo-lhe a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.*

*Presente a circunstância agravante da reincidência (artigo 61, I e 63 do CP), conforme certidão de fls. 34 (Processo n.º 021.01.005125-3). Sendo assim, agravo-lhe a pena em 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, fixando-a em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 90*

HC 103.658 / MS

(noventa) dias-multa. Ausentes quaisquer circunstâncias atenuantes in casu.

*Presente também a causa de aumento de pena prevista no artigo 18, inciso IV da Lei 6368/76, o delito foi cometido no interior de estabelecimento penal. Sendo assim, majoro-lhe a pena em 1/3 (um terço), fixando-a em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa. Não há qualquer minorante a considerar.*

*Não havendo mais nada a sopesar, torno definitiva a pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, à razão de um trigésimo do valor do salário mínimo mensal vigente." (fl. 67; grifos no original.)*

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na espécie, conforme se observa das transcrições realizadas, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal do tráfico ilícito de drogas. A propósito, em relação aos antecedentes mencionados no édito condenatório, restou esclarecido no acórdão impugnado que o Paciente conta com condenações transitadas em julgado.



HC 103.658 / MS

Assim, não obstante a constatação de algumas impropriedades, verifica-se que o *quantum* de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, **em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos.** Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois, conforme já mencionado, essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ESTUPRO QUALIFICADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. (1) PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO. IDONEIDADE. (2) REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES.

1. A fixação da pena-base é operação lógico-formal, que se submete, dogmaticamente, aos comandos dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Não pode o magistrado, baseado apenas em seu sentir, sob pena de se quebrantar, ainda, o art. 93, IX, da Constituição da República, incrementar a pena.

2. Na hipótese, não se mostra desproporcional a fixação da pena-base com o acréscimo de um quarto, tendo em conta que, das circunstâncias do art. 59, **militariam em desfavor do acusado o comportamento da vítima, as conseqüências do delito e a culpabilidade exacerbada.** O estupro qualificado, que tem pena mínima de oito anos, teve-a alçada a dez anos; já o homicídio

**HC 103.658 / MS**

qualificado, de doze foi a quinze anos.

3. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não se justifica o estabelecimento do regime integralmente fechado, mormente com o advento da Lei 11.464/07.

4. Ordem concedida, em parte, apenas para modificar o regime de integral para inicialmente fechado." (HC 52.937/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/09/2008; sem grifos no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE ROUBO.

I - 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 no caso de se tratar de flagrante ilegalidade. (Precedentes).

II - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Precedentes).

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP *o/c* o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

**IV - Dessa forma, em relação aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, constata-se que foi fixada a pena-base acima do patamar mínimo, mas com fundamentação concreta e dentro do critério da**

HC 103.658 / MS

discrecionariiedade juridicamente vinculada, baseada principalmente no *modus operandi*, nas circunstâncias e conseqüências do crime. Não há, portanto, como proceder a qualquer reparo em sede de *habeas corpus*.

V - Porém, no tocante ao crime de roubo majorado, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

Writ parcialmente concedido." (HC 98.418/DF, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/08/2008; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do *habeas corpus* e, nessa extensão, DENEGO a ordem.

Da leitura do julgado, verifica-se que não há ilegalidade ou abuso de poder apto a justificar reforma da fixação da pena-base. Com efeito, a dosimetria da pena está suficientemente fundamentada, e levou em conta valoração de matéria de fato, cujo reexame é inviável em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido, citem-se os precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTES CONDENADOS POR UM LATROCÍNIO CONSUMADO E OUTRO TENTADO, ALÉM DO DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. BENS SUBTRAÍDOS DE PROPRIEDADE DO EXÉRCITO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. INDEFERIMENTO DE NOVA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VERIFICAÇÃO DA CORRETA DOSIMETRIA DA PENA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. AGRAVANTE DO ART. 70, II, D, DO CPM MANTIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

HC 103.658 / MS

I – Hipótese de incidência das alíneas a e b do inciso III do art. 9º do Código Penal Militar, afastando qualquer dúvida sobre a competência da Justiça Militar para processar e julgar os latrocínios (um consumado e outro tentado) e o roubo dos objetos pertencentes ao Exército Brasileiro, os quais se encontram devidamente relacionados na denúncia.

II – Conforme remansosa jurisprudência desta Corte, não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência probatória que repete impertinente, desnecessária ou protelatória, não sendo possível se afirmar o acerto ou desacerto dessa decisão nesta via processual.

III – Reconhecimento, pelo exame pericial, que os pacientes possuíam efetiva consciência do caráter ilícito de suas condutas, o que impossibilita a exclusão da responsabilização penal. Para se afirmar o contrário, seria necessária a dilação probatória, o que, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, também não é permitido na via estrita do writ.

IV – **Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual foram condenados os pacientes. Precedentes.**

V – Agravante do art. 70, II, d, do Código Penal Militar (à traição, de emboscada, com surpresa, ou mediante outro recurso insidioso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima) que deve ser mantida, ante o relato de que os pacientes e os outros três corréus dividiram-se em dois grupos para, à noite, surpreender os militares que, desarmados, estavam em seus alojamentos, alguns já dormindo. VI – Não há, na sentença ou no acórdão, qualquer referência à confissão, e tampouco a impetração apontou em que trecho dos depoimentos dos pacientes tenha ela ocorrido, o que impede o seu reconhecimento nesta sede por desafiar revolvimento probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. VII – Ordem denegada.

HC 103.658 / MS

(HC 107.488/PR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento em 14/6/2011, DJE 5/8/2011)

Penal. *Habeas corpus*. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação em dados concretos. Ausência de constrangimento ilegal. Observância dos critérios legais que regem a matéria. Ordem denegada.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. No caso, a pena-base encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos, tais como a existência da conduta social desvirtuada, da personalidade delituosa e das consequências do crime, mostrando-se proporcional à necessária reprovação e prevenção do crime.

3. Ordem denegada.

(HC 104.902/SP, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento em 3/5/2011, DJE 1/8/2011)

**“HABEAS CORPUS” – PECULATO DESVIO – PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – LEGITIMIDADE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL – PEDIDO INDEFERIDO. - Se é certo, de um lado, que nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena base em seu grau mínimo, não é menos exato, de outro, que não se mostra lícito, ao magistrado sentenciante, proceder a uma especial exacerbação da pena base, exceto se o fizer em ato decisório adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a**

HC 103.658 / MS

**inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz. Doutrina. Precedentes.** - A concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, impõe que este, sempre, respeite o itinerário lógico-racional, necessariamente fundado em base empírica idônea, indicado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob pena de o magistrado – que não observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais – incidir em comportamento manifestamente arbitrário, e, por se colocar à margem da lei, apresentar-se totalmente desautorizado pelo modelo jurídico que rege, em nosso sistema de direito positivo, a aplicação legítima da resposta penal do Estado. - A condenação penal há de refletir a absoluta coerência lógico-jurídica que deve existir entre a motivação e a parte dispositiva da decisão, eis que a análise desses elementos - que necessariamente compõem a estrutura formal da sentença - permitirá concluir, em cada caso ocorrente, se a sua fundamentação ajusta-se, ou não, de maneira harmoniosa, à base empírica que lhe deu suporte. - A aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado.

(HC 105.677/PE, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento em 24/5/2011, DJE 22/6/2011)

(grifos adicionados)

Quanto aos pedidos relativos à aplicação da causa de aumento, observa-se que não restaram ventilados no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual, nessa parte, o *writ* não é de ser conhecido, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes julgados:

**HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA. JUÍZO DE ORIGEM.**

HC 103.658 / MS

APRECIAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXAME PELO STF SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DO MÉRITO DE WRIT PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCESSO DE IMPETRAÇÕES NA CORTE SUPERIOR PENDENTES DE JULGAMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO QUE SE MOSTRA COMPREENSÍVEL. APOSENTADORIA DO RELATOR DOS FEITOS MANEJADOS EM FAVOR DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DETERMINAR SUA REDISTRIBUIÇÃO.

I- O pedido de comutação da pena não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo juízo de origem. Seu exame por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

II- O excesso de trabalho que assoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes.

III- A concessão da ordem para determinar o julgamento do *writ* na Corte a quo poderia redundar na injustiça de determinar-se que a impetração manejada em favor do paciente seja colocada em posição privilegiada com relação a de outros jurisdicionados.

IV- Ordem concedida de ofício para determinar a redistribuição dos habeas corpus manejados no STJ em favor do paciente, em razão da aposentadoria do então Relator.

(HC 103.835/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010, DJE 9/2/2011)

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. O impetrante,

HC 103.658 / MS

embora também tenha requerido a liberdade do paciente, não apresentou qualquer fundamento para tanto. Simplesmente fez o pedido. Além disso, o STJ não se manifestou sobre a questão. Portanto, não há como o *habeas corpus* ser conhecido nesse ponto, sob pena de supressão de instância. Quanto ao pedido de fixação do regime prisional aberto ou semi-aberto, o TJSP, ao impor o regime fechado, considerou o fato de o paciente ser, de acordo com a sentença, multi-reincidente. Tal fundamento está em harmonia com o disposto nas alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo as quais tanto o regime aberto, quanto o semi-aberto são reservados aos réus não reincidentes. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.

(HC 100.616/SP, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Julgamento em 8/2/2011, DJE 15/3/2011).

(grifos adicionados)

Ainda que superado tal óbice, para se alterar o patamar da incidência da causa de aumento de pena, seria imprescindível cognição fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*. Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. SÚMULA 282 DO STF. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA TAXATIVA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Falta de prequestionamento da questão constitucional suscitada. Incidência da Súmula 282 do STF.

II - A alegação tardia de ofensa ao texto constitucional, formulada somente em embargos de declaração, não supre a exigência de prequestionamento.

III - A competência desta Corte, taxativamente fixada no art. 102 da Constituição Federal, não permite conhecer de *habeas*



HC 103.658 / MS

*corpus* que tenha como autoridade coatora juiz de primeiro grau de jurisdição ou de Tribunal de Justiça. Ademais, não é possível a concessão do writ quando o exame do pedido demandar a apreciação do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes.

IV - Agravo regimental improvido.

(AI 821.072-AgR/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 1/2/2011, DJE 28/2/11).

*Habeas Corpus*. Crimes de furto. Reconhecimento de continuidade delitiva. Reexame do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade. Sentenças condenatórias transitadas em julgado. Impossibilidade de admitir-se o writ constitucional como sucedâneo de revisão criminal. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal à ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. A caracterização da continuidade delitiva exige o preenchimento de requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e *modus operandi*) e subjetivos (unidade de desígnios). Precedentes. No caso, o reconhecimento da continuidade delitiva demanda, necessariamente, o revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório contido nos autos da ação penal de origem, o que é inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes. Ordem denegada.

(HC 98.681/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento em 5/4/2011, DJE 18/4/11).

(grifos adicionados)

Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento parcial da ordem e, nessa parte, pelo indeferimento.

**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 103.658**

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

PACTE.(S) : RENATO JOSE ALVES

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma conheceu, em parte, da ordem de *habeas corpus* e, nessa parte, a denegou, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 30.8.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian  
Coordenadora