

21/08/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 104.045 RIO DE JANEIRO

VOTO

I.

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): O presente *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão denegatório do HC 69.320 proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário (art. 102, II, a). Diante da dicção constitucional não cabe, em decorrência, a utilização de novo *habeas corpus*, em caráter substitutivo.

Esta Primeira Turma assentou tal entendimento, em 08.8.2012, ao julgar o HC 109.956 (Rel. Min. Marco Aurélio, por maioria, acórdão ainda não publicado), tendo a discussão se iniciado no HC 108.715, cujo julgamento ainda não foi finalizado.

Ora, o *habeas corpus* constitui garantia fundamental prevista na Constituição da República para a tutela da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra prisão ou ameaça de prisão ilegal ou abusiva (art. 5.º, LXVIII).

Sua origem perde-se no tempo. Na Inglaterra, o seu berço histórico, afirma-se que é mais antigo que a própria Magna Carta de 1215 (LEVY, Leonard W. *Origins of the Bill of Rights* . New Haven and London: Yale University Press, p. 44).

Originariamente, era utilizado pelos Tribunais para determinar a apresentação de alguém, um prisioneiro, à Corte, para literalmente "ter o corpo" em Juízo, e não constituía um instrumento destinado necessariamente à salvaguarda da liberdade. Ilustrativamente, em 1554, a *Queen's Bench* utilizou dois *habeas corpus* para trazer a julgamento diversas pessoas envolvidas em rebelião, sendo identificadas nos *writs* notas de que os rebeldes deveriam ser enforcados (HALLIDAY, Paul D. *Habeas Corpus: From England to Empire* . Cambridge: Harvard University

HC 104.045 / RJ

Press, 2010, p. 29).

Com o tempo, porém, as Cortes inglesas, especialmente a *King's Bench*, começaram a utilizar o *habeas corpus* para avaliar a causa da prisão, liberando o preso quando reputavam a medida ilegal ou abusiva.

Foi o *habeas corpus* o veículo para a afirmação progressiva das liberdades públicas inglesas, uma vez utilizado como instrumento contra prisões decorrentes de perseguições religiosas e políticas.

Entre o rico histórico de casos, destaco apenas dois para não ser cansativa. James Somerset obteve, por meio de *habeas corpus* impetrado em 1771, a libertação pela *King's Bench* da condição de escravo por haver sido deportado da Inglaterra pelo seu proprietário sem seu consentimento (HALLIDAY, Paul D. *op.cit.*, p. 174-175). No *Buschel's Case*, de 1670, o *habeas corpus* foi concedido pela *Court of Common Pleas* para libertar jurados presos por ordem do Juiz Presidente do Júri fundada na compreensão deste de que eles haviam proferido um veredicto contrário à prova dos autos. O *Buschel's Case* confunde-se com o próprio nascimento do princípio da soberania dos veredictos (HALLIDAY, Paul D. *op.cit.*, p. 235-236, e LEVY, Leonard W. *op.cit.*, p. 52-53).

Embora o *habeas corpus* constitua remédio criado pela *common law*, o seu prestígio ensejou-lhe posterior consagração legislativa, especialmente, no âmbito inglês, com o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e, no âmbito norte-americano, com o artigo I, seção 9, da Constituição norte-americana de 1787, ainda antes da adoção das dez primeiras emendas de 1791.

Interessante nesse breve relato é que, a despeito da importância histórica do instituto, confundido com a própria essência da liberdade, não foi e não é o *habeas corpus* utilizado, no Direito anglo-saxão, senão diretamente contra uma prisão, decretada em processo criminal ou não (v.g. KAMISAR, Yale e outros. *Modern Criminal Procedures: Cases, Comments, Questions*. 10. ed. St. Paul: West Group, 2002, p. 1.585-628; TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, 2005, p. 462-495; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Habeas Corpus: críticas e perspectivas*. 3. ed. Curitiba, Juruá, 2009, p. 165-81). Jamais se cogitou de sua utilização como um substitutivo de recurso no

HC 104.045 / RJ

processo penal.

Também em Portugal, onde o *habeas corpus* foi adotado apenas no século XX (Decreto-lei nº 35.043, de 20.10.1945), constitui ação destinada apenas à impugnação de uma prisão. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça português, "*a providência de habeas corpus destina-se tão-só a controlar a legalidade da prisão no momento em que se decide, tendo como finalidade verificar a legalidade das prisões a que os cidadãos estão sujeitos, nela não se incluindo a verificação de qualquer ilegalidade que possa ter sido cometida no processo, seja criminal ou disciplinar, nem qualquer medida contra os responsáveis por tais ilegalidades*" (Acórdão de 26.04.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422 - *apud* GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *op.cit.* , p. 228-229).

No Brasil, o *habeas corpus* tem igualmente rica história, contada em diversas obras, entre as quais a famosa de Pontes de Miranda (*História e prática do habeas corpus* , primeira edição de 1916).

É certo que, no período colonial, não eram totalmente inexistentes remédios jurídicos para a proteção da liberdade, entre eles as assim denominadas "cartas de seguro" (por todos, STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. A tutela da liberdade pessoal antes da instituição formal do *habeas corpus* no Brasil. *In* : PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (org.) *Doutrinas essenciais: Direitos Humanos: Instrumentos e garantias de proteção* . São Paulo: RT, 2011, v. 5, p. 799-51), mas somente com o *habeas corpus* a liberdade passou a ser assegurada por um remédio pronto, fácil e efetivo.

Devido ao prestígio das instituições inglesas, o *writ* foi adotado, entre nós ainda no período imperial. O Código Criminal de 1830 a ele já faz referência nos arts. 183 a 188. Seu regramento, contudo, veio com o Código de Processo Criminal de 1832 ("*art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor*"). Ainda no Império ampliou-se o cabimento do *habeas corpus*, que passou a ser admitido, com a promulgação da Lei nº 2.033, de 1871, também contra a ameaça de prisão (*art. 18, §1º: Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas-corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado*).

HC 104.045 / RJ

Já na primeira Constituição Republicana, de 1891, o *habeas corpus* foi constitucionalizado. E o silêncio do art. 72, §22 quanto ao objetivo de tutela apenas da liberdade de locomoção propiciou o desenvolvimento da "*Doutrina brasileira do habeas corpus*", que levou o *writ*, na ausência de outras ações constitucionais, a ser utilizado para a salvaguarda de outras liberdades que não a de locomoção, caso, v.g., do *Habeas Corpus* 3.536, em que concedida ordem, em 05.6.1914, por este Supremo Tribunal Federal, para garantir o direito do então Senador Ruy Barbosa a *publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier* .

A memorável construção - *a maior criação jurisprudencial brasileira*, nos dizeres da historiadora Leda Boechat Rodrigues (*História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus* . 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991, vol. 3, p. 17)-, chegou, contudo, ao fim em 1926, com a reforma constitucional promovida pelo Presidente Artur Bernardes, que, mediante alteração do mencionado art. 72 da Constituição de 1891, limitou o emprego do *habeas corpus* à tutela da liberdade de locomoção.

Desde então o *habeas* foi contemplado em todas as Constituições republicanas, de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, para a tutela da liberdade de locomoção contra violência ou coação ilegal ou abusiva.

Todo esse rico histórico evidencia o caráter nobre da ação constitucional do *habeas corpus*, garantia fundamental que, se não pode ser amesquinhada, também não é passível de vulgarização. No dizer de Pontes de Miranda, "*onde não há remédio do rito do habeas corpus, não há, não pode haver garantia segura da liberdade física*" (*História e prática do Habeas Corpus* . 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007, vol. I, p. 160-161).

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção – ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra*

HC 104.045 / RJ

em três anos e preocupa Ministros”) revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (de 38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus* .

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus* .

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adianta a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípua quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal – quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do

HC 104.045 / RJ

processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

No caso do recurso ordinário contra a denegação do *writ* por Tribunal Superior, o uso do *habeas corpus* em substituição é ainda mais grave, considerada a expressa previsão do recurso constante do texto constitucional (art. 102, II, a, da Constituição Federal).

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição.

Como foi o que ocorreu no presente caso, voto por afirmar a inadequação do *habeas corpus* e por sua consequente rejeição.

II.

Como a não admissão do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto aos *habeas corpus* já impetrados, impõe-se o exame da questão de fundo, uma vez em tese possível a concessão de *habeas corpus* de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

Os Impetrantes impugnam, por meio do presente *habeas corpus*, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, promovida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que elevou a condenação para quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado. Arguem a nulidade dos acórdãos prolatados, por ausência de fundamentação hábil, e, sucessivamente, (a) o restabelecimento da pena imposta em primeiro grau – dois anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto -, ou no mínimo (b), a fixação do regime inicial aberto para

HC 104.045 / RJ

cumprimento da pena de reclusão de quatro anos.

A peça inaugural acusatória relata que, em 28.4.1997, por volta das três horas, na Rua Monsenhor Felix, no bairro Irajá, na cidade do Rio de Janeiro, a vítima, Sérgio Firmino de Barros, ao sair de um pagode, foi abordada por quatro elementos e, após ser agredida a coronhadas, compelida a entrar em um veículo. Os denunciados deram fim ignorado à vítima, até então não localizada (fls. 12-13).

Os pacientes foram condenados à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 148, § 1º, III, do Código Penal.

Em apelação, a pena foi elevada para 4 (quatro) anos, em regime inicial fechado.

No tocante à majoração da pena, a Corte Estadual assim justificou:

"No processo de individualização da pena deve o magistrado fixá-la dentro dos limites estabelecidos pela norma definidora do tipo, considerando, nesta operação, para a finalidade da sanção penal, que deve ser necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do delito, não desprezando, também, as demais circunstâncias pertinentes a personalidade do agente, aso motivos, circunstâncias e consequências do crime, assim como o comportamento da vítima (artigo 59 do Código Penal).

No caso ora em exame, revela o quadro fático que a maneira de agir dos réus e as consequências do crime – passados mais de 06 anos, a vítima não foi encontrada –, ainda que presente a primariedade, não pode a pena-base ser fixada um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, devendo ser aumentada para 04 (quatro) anos de reclusão, idêntica à aplicada ao co-réu Renato Carvalho Mota, no v. acórdão proferido na Apelação Ministerial de número 2000.050.01856, da qual fui relator.

No que diz respeito ao regime aberto, para o início do cumprimento da pena, também merece alteração, eis que sua fixação integra processo de individualização da pena, regulando-se pela compreensão sistemática do artigo 33, parágrafo 2º, e do artigo 59, ambos do Código Penal, com integração do critério relativo ao quantum da pena e critério pertinente às circunstâncias judiciais,

HC 104.045 / RJ

sendo certo que na hipótese dos autos a gravidade e as consequências do crime são circunstâncias aptas a autorizar a preterição de um regime brando (aberto) para o mais rigoroso (fechado).

Pelo exposto, e fazendo integrar a este, na forma regimental, o duto parecer de fls. 467/469, da ilustre Procuradora de Justiça Ecknéa Antonia de Andrade, dou provimento ao recurso ministerial, para fixar a pena, para ambos os réus, em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.” (Fls. 39-40).

O Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão de segundo grau, reputando gravíssimas as consequências do delito, ao fundamento de que “a vítima do sequestro permanece desaparecida até hoje, passados mais de seis anos do fato” (fl. 57).

Cumprido, de plano, rejeitar a alegação dos Impetrantes de que os acórdãos impugnados carecem de fundamentação.

Com efeito, apontam, com clareza, o motivo da exasperação da pena.

Outra questão é se a motivação é válida, daí a irresignação dos Impetrantes.

Como tenho decidido em vários processos em trâmite nesta Corte, entendo que:

“A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.” (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012)

Engana-se, portanto, quem procurar no Código Penal, especialmente em seu art. 59, critérios objetivos e matemáticos para a fixação da pena.

Esta deve ser fixada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59 do Código Penal), o que remete a significativa discricionariedade do magistrado sentenciante.

A concorrência de diversas vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal.

Contudo, a existência de uma única vetorial, desde que de especial gravidade, também autoriza pena bem acima da mínima, ainda que as demais vetoriais sejam neutras.

HC 104.045 / RJ

Permito-me a citação do seguinte precedente sobre a matéria do Superior Tribunal de Justiça e que a meu ver bem sintetiza essas questões:

“A legislação penal brasileira não prevê critérios objetivos para a fixação da pena base. O simples fato de existir apenas uma circunstância judicial desfavorável não impõe, necessariamente, que a reprimenda básica seja fixada próxima ao mínimo legal. A contrario sensu, a existência de diversas circunstâncias contrárias ao réu não implica a obrigatoriedade de aplicar a pena-base próxima ao patamar máximo” (HC 131.765/MS, 5.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça - Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 04.6.2009, DJE de 03.8.2009).

Dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, reputo especialmente relevantes para o caso concreto, as consequências do crime, também valoradas negativamente pelas instâncias recorridas.

O fato de que a vítima, após o sequestro, não mais ter sido encontrada, não se tendo notícia dela até hoje, quinze anos depois, se reveste de especial gravidade, justificando elevado juízo de censura. Nos dizeres da denúncia, os acusados “deram fim ignorado à vítima, que não foi localizada até a presente data”. Além do temor pelo destino da vítima, pode-se conceber o sofrimento dos familiares em decorrência do desaparecimento forçado dela há cerca de quinze anos.

Entre o mínimo de 2 (dois) e o máximo de 5 (cinco) anos para o crime do art. 148, §1º, do Código Penal, não vislumbro como excessiva ou arbitrária, diante da presença de vetorial de especial gravidade, a fixação da pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

Por outro lado, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, transcrevo precedente deste Supremo Tribunal:

“A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão-somente de seu quantum, mas, também, das circunstâncias

HC 104.045 / RJ

judiciais do art. 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º do mesmo Código. Segue-se daí que, não obstante a pena ter sido fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento no regime semiaberto (oito anos de reclusão), nada impede que o juiz imponha regime mais gravoso quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal forem desfavoráveis, como no caso sub examine.” (RHC109132/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 6.9.2011).

Logo, os mesmos elementos que justificaram a elevação da pena acima do mínimo também autorizam a fixação do regime fechado.

Cabe, outrossim, às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção, eventual, de discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias inferiores.

Não se presta ainda o *habeas corpus*, por não permitir ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que levou à fixação das penas.

No caso presente, além da inadequação do *habeas corpus* para rever as posições das instâncias inferiores, visualizo fundamentos idôneos e razoáveis para a pena fixada em concreto, bem como para o regime de cumprimento da pena.

Portanto, não se afigura como arbitrária ou ilegal a pena atacada através deste *writ*.

Ainda, portanto, que o presente *habeas corpus* fosse julgado no mérito, seria denegado, não tendo lugar a concessão da ordem de ofício.

III.

Ante o exposto, voto pela rejeição do *habeas corpus* por sua inadequação como substitutivo de recurso.