

19/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.713 RIO DE JANEIRO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : ABRAÃO JOSÉ BUENO
IMPTE.(S) : ABRAÃO JOSÉ BUENO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, *a*. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS E TENTADOS. NULIDADES. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA.

1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, *a*, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. As nulidades suscitadas pela Defesa foram devidamente analisadas e rejeitadas tanto pelo Juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal de Apelação, não se vislumbrando qualquer omissão. A indigitada contrariedade às regras do sistema acusatório não foi objeto de exame nem na decisão ora atacada nem nos acórdãos da Corte de apelação, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de dupla supressão de instância. O sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal.

HC 109713 / RJ

3. Fundamentada no acórdão do Tribunal de Justiça a manutenção da condenação do acusado na incoerência de contrariedade entre o decidido pelo Tribunal do Júri e a prova dos autos, entender de modo diverso implicaria o reexame dos fatos e provas, o que não se viabiliza na via estreita do *habeas corpus*.

4. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe 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 precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

5. Não se mostra hábil o *habeas corpus* para revisão a respeito, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, não verificadas, na hipótese *sub judice*, em que as penas foram fixadas de modo fundamentado e proporcional pelo magistrado sentenciante.

6. *Habeas corpus* extinto sem resolução do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 19 de fevereiro de 2013.

Ministra Rosa Weber

HC 109713 / RJ

Relatora

19/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.713 RIO DE JANEIRO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : **ABRAÃO JOSÉ BUENO**
IMPTE.(S) : **ABRAÃO JOSÉ BUENO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em causa própria por Abraão José Bueno contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 130.362/RJ.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 114 (cento e catorze) anos, 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão por praticar crimes de homicídio qualificado contra oito crianças, sendo quatro na forma consumada e os demais na forma tentada (art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c § 4º, por quatro vezes na modalidade do art. 14, I, e por quatro vezes na modalidade do art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal). A segregação cautelar foi decretada pelo magistrado de primeiro grau no momento do recebimento da denúncia, tendo a medida constritiva sido efetivada em 11.11.2005.

Contra a decisão que decretou a segregação cautelar, restou impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem. Inconformada, a Defesa impetrou o referido HC 130.362/RJ ao Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EVIDENCIADO PELO *MODUS OPERANDI* DO DELITO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ENTENDEU PELA PERMANÊNCIA

HC 109713 / RJ

DOS FUNDAMENTOS QUE AUTORIZAM A PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA.

1. A prisão preventiva do Recorrente está satisfatoriamente motivada com a indicação de elementos concretos no tocante à necessidade de garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do acusado e da gravidade de sua conduta, evidenciadas pelo *modus operandi* do delito. Ademais, a superveniente sentença condenatória manteve a custódia cautelar do Paciente com base nos fatos que fundamentaram o decreto de prisão preventiva.

2. Ordem denegada.

Alega o Impetrante/paciente, em síntese, inépcia da denúncia, ausência de provas para a condenação, nulidade do julgamento de apelação ao argumento de violação do princípio da ampla defesa por ausência de análise das preliminares suscitadas. Aduz cerceamento de defesa pelo indeferimento “de todas as diligências pedidas pela Defesa”, “ausência de apuração dos fatos” ao argumento de que ocorreu o óbito de uma das vítimas em outro hospital e após a prisão do acusado. Suscita nulidade no julgamento em razão do arrolamento de testemunhas do Juízo, afrontando o sistema acusatório. Afirma tratar-se de crime continuado e não de concurso formal, em razão de terem ocorrido os supostos crimes em um intervalo médio de trinta dias. Rechaça a imputação de homicídio qualificado argumentando não ter havido a intenção de matar as vítimas, mas de ajudá-las, por estarem em estado terminal. Reputa excessivas as penas aplicadas ante a primariedade. Requer a declaração de nulidade do processo e, se assim não reconhecido, a diminuição das penas.

Indeferi o pedido liminar em 22.02.2012 e solicitei informações.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, manifestou-se no sentido de que o *writ* estaria prejudicado.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região informou ter negado provimento à apelação interposta pelo acusado, mantendo a sentença

HC 109713 / RJ

condenatória. Contra essa decisão, opostos embargos declaratórios, aos quais se negou provimento. Interposto, então, recurso especial, cujo seguimento foi negado, razão pela qual manejado perante o Superior Tribunal de Justiça agravo, que não foi conhecido pela Min. Laurita Vaz. Interposto, então, agravo regimental, igualmente não conhecido por intempestivo (AgRg no AREsp 10477/RJ).

A decisão, consoante andamento processual no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, transitou em julgado em 13.12.2012, motivo pelo qual prejudicada a discussão acerca da prisão preventiva.

Tratando-se de *writ* impetrado em causa própria, intimei para a defesa do paciente a Defensoria Pública da União, que anuiu com a perda de objeto do *habeas* quanto à prisão preventiva e ratificou os demais pedidos do Impetrante/paciente.

É o relatório.

19/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 109.713 RIO DE JANEIRO

VOTO

I.

O presente *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão denegatório do HC 130.362/RJ proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição da República 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, DJE de 11.9.2012), 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 Press, 2010, p. 29).

HC 109713 / RJ

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 processo penal.

HC 109713 / RJ

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*").

Já na primeira Constituição Republicana, de 1891, o *habeas corpus* foi

HC 109713 / RJ

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 em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de

HC 109713 / RJ

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 a jurisprudência entender, à falta de previsão do recurso, 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 efeito é ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípua do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal e desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de assegurar a razoável duração do processo comandada no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, inadmitido o seu uso

HC 109713 / RJ

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 no texto constitucional (art. 102, II, a, da Constituição Federal).

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante da 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.

Foi o que ocorreu no presente caso, pelo que voto por afirmar a inadequação do *habeas corpus* e por sua conseqüente extinção sem resolução do mérito.

II.

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

O paciente, enfermeiro do Setor de Emergência do Instituto de Puericultura e Pediatria Martagão Gesteira/IPPMG, da UERJ, teria ocasionado a morte de quatro crianças enfermas, entre 0 e 12 anos de idade, bem como teria tentado ocasionar a morte de outras quatro crianças, na mesma faixa etária, todas internadas naquela unidade hospitalar, mediante a utilização de medicamentos não prescritos às vítimas. O paciente está preso cautelarmente desde 09.12.2005, tendo a prisão preventiva sido mantida na decisão de pronúncia.

O paciente foi condenado à pena de 108 anos e 28 dias de reclusão

HC 109713 / RJ

em regime inicial fechado, na forma da imputação constante na denúncia. O Juiz da 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro afirmou a manutenção dos fundamentos que justificaram a decretação da custódia cautelar, afastando a possibilidade de o paciente recorrer em liberdade. Foi então impetrado *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem. Contra essa decisão, foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que igualmente, pela Quinta Turma, denegou a ordem, afirmando a correção dos fundamentos da prisão preventiva do paciente. Foi negado provimento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao recurso de apelação da defesa. Interposto Recurso especial, foi inadmitido; interposto agravo, não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça pela intempestividade. Deste modo, houve o trânsito em julgado em 23.3.2012, do que já restaria a conclusão pela prejudicialidade do *habeas corpus* quanto à matéria referente à prisão cautelar do paciente, restando para apreciação as demais alegações relativas à condenação e às penas fixadas.

No presente *writ*, sustenta, em síntese, o impetrante, inépcia da denúncia, ausência de provas para a condenação e nulidade do julgamento de apelação ao argumento de violação do princípio da ampla defesa por ausência de análise das preliminares suscitadas. Aduz cerceamento de defesa pelo indeferimento “de todas as diligências pedidas pela Defesa”, “ausência de apuração dos fatos” ao argumento de que ocorreu o óbito de uma das vítimas em outro hospital e após a prisão do acusado. Suscita nulidade no julgamento em razão do arrolamento de testemunhas do Juízo, afrontando o sistema acusatório. Afirma tratar-se de crime continuado e não de concurso formal em razão de terem ocorrido os supostos crimes em um intervalo médio de trinta dias. Rechaça a imputação de homicídio qualificado argumentando não ter havido a intenção de matar as vítimas, mas de ajudá-las, por estarem em estado terminal. Reputa excessivas as penas aplicadas ante a primariedade do paciente. Requer a declaração de nulidade do processo e, alternativamente, a diminuição das penas.

Acerca das nulidades arguidas pelo Impetrante/paciente quanto à

HC 109713 / RJ

violação da ampla defesa, assim fundamentado o acórdão que julgou a apelação:

“No que se refere à alínea “a”, tem-se que a nulidade suscitada diz respeito à suposta violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ante o indeferimento de diligências postuladas após a prolação da sentença condenatória, com fundamento no art. 616 do CPP, as quais foram consideradas totalmente extemporâneas, inócuas e protelatórias, além de já estarem preclusas, posto que não foram objeto de recurso, ficando registrado na decisão monocrática (fls. 2.926/2.928) que:

‘(...) Quanto à expedição de ofício ao Departamento de Polícia Federal, indagando acerca da instauração de inquérito policial para a continuidade das investigações, refriço que tal pedido é totalmente inócuo ao deslinde da causa, visto que esta fase já foi superada, sendo que as provas dos autos foram consideradas satisfatórias para a formação do convencimento dos jurados que integraram o Conselho de Sentença. Se novas investigações estão sendo feitas, estas só podem dizer respeito a outros fatos possivelmente delituosos e que não fizeram parte da denúncia que deu suporte à condenação do réu.

Relativamente ao pedido de realização de perícia no CD de áudio, onde foi gravada a reunião realizada no Instituto de Puericultura e Pediatria Martagão Gesteiro, como já assentado na decisão anterior, esta providência, a meu ver, não afasta a conduta delituosa imputada ao réu, razão pela qual também se mostra desnecessária, assim como a oitiva de familiares das vítimas, para informarem sobre o eventual pagamento das indenizações, visto que se referem à esfera cível, sendo que a questão indenizatória em nada influencia ao julgamento do apelo, dada a independência entre as instâncias.

No que tange à exumação dos cadáveres das vítimas e à nomeação de terceiro médico perito para analisar os

HC 109713 / RJ

laudos emitidos pelo IML sobre a morte das crianças, confrontando-os com os prontuários médicos, verifico que estas diligências se mostram inúteis e protelatórias, uma vez que a materialidade delitiva foi constatada pelo órgão oficial especializado para tanto (Instituto Médico Legal), e jamais foi questionada, inexistindo qualquer dúvida a este respeito.

Quanto ao pedido de realização de perícia psiquiátrica do réu, vê-se que tal providência é totalmente desarrazoada, pois no decorrer da instrução criminal não houve qualquer dúvida acerca da sanidade mental do acusado, tanto que não foi requerido o respectivo incidente (arts. 149 a 153 do CPP), sendo o mesmo considerado plenamente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta.

Em relação à expedição de ofício ao Diretor da Casa de Custódia de Volta Redonda, solicitando-lhe informações acerca do comportamento do custodiado no ambiente carcerário, tenho que esta diligência não apresenta qualquer utilidade para o julgamento do apelo, visto que esta informação só se mostra relevante na fase de execução definitiva da pena privativa de liberdade, para efeitos de progressão de regime, como bem ressaltou o MPF.

Feitas todas as considerações referentes a cada uma das diligências solicitadas, há que se registrar, ainda, que o art. 616 do CPP – ao qual de apegar o requerente/apelante para justificar seu pedido de diligências e a produção de provas na fase recursal -, não constitui direito do réu, traduzindo-se como uma faculdade dos Julgadores de 2ª Instância, e possui caráter meramente supletivo, visando dirimir eventuais dúvidas, o que não representa uma reabertura da instrução criminal e nem configura cerceamento de defesa ou constrangimento ilegal o seu indeferimento’.”

HC 109713 / RJ

Ao rejeitar os embargos declaratórios opostos, a Corte de apelação consignou o inconformismo da Defesa com a decisão que lhe foi desfavorável, destacando a inexistência de omissão no exame das nulidades suscitadas.

Da leitura do excerto transcrito, entendo devidamente analisadas e rejeitadas pelo Tribunal de Apelação as nulidades suscitadas, não vislumbrando qualquer omissão.

Por outro lado, acerca da indigitada contrariedade às regras do sistema acusatório, a questão não foi examinada nem na decisão ora atacada nem nos acórdãos da Corte de apelação, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de dupla supressão de instância. Além disso, não se constata nos autos do *habeas corpus* a referida decisão da juíza Presidente do Tribunal do Júri deliberando, de ofício, a necessidade de oitiva de outras testemunhas além daquelas arroladas pelas partes.

Agregue-se ainda que o prefalado sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no curso do processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória *ex officio*.

A possibilidade de o magistrado ouvir outras testemunhas, consoante artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal (“O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”) é, segundo lição de NUCCI, “decorrência do princípio da verdade real, vigente no processo penal, além de ser, ainda, consequência do princípio do impulso oficial” (Código de Processo Penal Comentado. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 495). O sentido conferido à locução, verdade material, neste contexto, não é no sentido de pretender a busca de uma verdade absoluta ou ontológica, e sim com vistas a explicitar a limitação de disponibilidade probatória das partes no processo penal, em face da indisponibilidade da *res judicanda*, a exigir, assim, uma verdade não integralmente dependente da influência que, através de seu comportamento processual, as partes queiram sobre ela exercer (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 193-195).

HC 109713 / RJ

Destaco, ainda, que se limita o Impetrante/paciente a argumentar que teria havido cerceamento de defesa, sem apontar qualquer prejuízo concreto.

O princípio maior que rege a matéria é de que não se decreta a nulidade sem prejuízo, conforme o art. 563 do Código de Processo Penal. Não se prestigia a forma pela forma, com o que, se da irregularidade formal não deflui prejuízo, o ato deve ser preservado. Assim, à falta de prejuízo, bem como de demonstração de oportuno protesto diante das supostas irregularidades, não vislumbro qualquer nulidade a ser decretada.

No que tange à indigitada condenação por falta de provas, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, soberano na análise do conjunto fático-probatório, assim consignou:

“Também não se está diante de decisão dos jurados manifestamente contrária às provas dos autos (alínea “d”, do art. 593, III, do CPP), uma vez que os integrantes do Conselho de Sentença, ao serem questionados sobre a materialidade e a autoria delitiva, bem como acerca da existência de algumas qualificadoras e a incidência de causa de aumento de pena e de circunstâncias agravantes e atenuantes responderam que (fls. 2.337/2.348):

1) No dias 24/02/2005, 18/09/2005, 21/09/2005, 30/09/2005, 03/10/2005, 24/10/2005 e 02/11/2005, o réu, no Setor de Emergência do Instituto de Puericultura e Pediatria Martagão Gesteira, da UFRJ, injetou medicação não prescrita nas crianças Natália Vieira de Paula, Gabriel do Nascimento de Souza, Luan Cassiano da Silva, Lucas Souza da Silva, Allanderson Luis Rodrigues da Silva, Giulia dos Santos Marinho, Izabel Vitória Costa de Souza e Renato Pereira Janúaria?

(4) SIM (3) NÃO

2) Esta medicação foi a causa de uma intoxicação medicamentosa que provocou uma parada respiratória e a uma parada cardíaca nas crianças Natália, Lucas,

HC 109713 / RJ

Allanderson e Giulia que culminaram com as suas mortes, e que também levou os menores Gabriel, Luan, Izabel Vitória e Renato a uma insuficiência respiratória e, em seguida, a um estado de coma profundo?

(4) SIM (3) NÃO

3) Assim agindo, o réu assumiu o risco de causar o resultado morte nas vítimas?

(4) SIM (3) NÃO

4) Assim agindo, o réu deu início à execução de um crime que só não se consumou, em relação às crianças Gabriel, Luan, Izabel Vitória e Renato, por circunstâncias alheias à sua vontade?

(4) SIM (3) NÃO

5) O réu agiu por motivo torpe, qual seja, o de buscar mero prestígio profissional e satisfação pessoal?

4) SIM (3) NÃO

6) O réu agiu de forma insidiosa, aproveitando-se de sua condição de técnico de enfermagem responsável pelo cuidado com as vítimas e do conhecimento que tinha sobre os quadros clínicos, escolhendo o melhor momento para nelas injetar medicamento não prescrito e mantendo-se ao lado delas, escondendo da equipe médica a causa de seus súbitos agravamentos?

(4) SIM (3) NÃO

7) O réu agiu de forma dissimulada, dando falsas mostras de dedicação e cuidado para com as vítimas, dificultando com isso as suas defesas?

(3) SIM (4) NÃO

8) As vítimas contavam menos de 14 (catorze) anos de idade?

(7) SIM (0) NÃO

9) O réu tinha ciência de que as vítimas contavam menos de 14 (catorze) anos de idade?

(7) SIM (0) NÃO

10) Há circunstâncias atenuantes em favor do réu?

(3) SIM (4) NÃO

HC 109713 / RJ

Desta forma, as respostas dos jurados aos quesitos encontram-se em perfeita consonância as provas dos autos, notadamente com os atestados de óbito (fls. 246/249), os autos de apreensão (fls. 30/32 e 54/55), os termos de declarações e os depoimentos das testemunhas prestados em sede policial e em Juízo (fls. 17/28, 115/118, 133/134, 144/147, 149/152, 158/159, 161/162, 166/170, 172/176, 214/218, 222/229, 231/234, 236/243, 350/361, 589/607, 663/686, 754/761, 770/777 e 791/805), o laudo sobre os efeitos dos medicamentos (fls. 180/185), os resumos dos prontuários médicos das vítimas (fls. 188, 192, 197, 202/205 e 207), os laudos de autópsia (fls. 255/258), o laudo de exame nas substâncias apreendidas (fls. 629/636), o laudo de intoxicação exógena (fls. 1.200/1.201), o laudo de perícia médico-legal (fls. 1.219/1.250), o laudo de exame em material audiovisual em que consta a gravação da reunião efetuada no hospital onde os medicamentos foram encontrados no bolso e na pasta do acusado (fls. 1.549/1.710) e a transcrição fonográfica dos depoimentos das testemunhas prestados no plenário do Júri (fls. 2.526/2.656).

Assim, a decisão dos jurados se coaduna com todo o material probatório, inclusive no que diz respeito às qualificadoras do motivo torpe e da forma insidiosa, e à incidência da causa de aumento de pena referente à menoridade das vítimas.”

Assim, igualmente fundamentado, nesse ponto, o acórdão que manteve a condenação do acusado ante a incoerência de contrariedade entre as provas dos autos e o que foi decidido pelo Tribunal do Júri. Entender de modo diverso implicaria o reexame dos fatos e provas, o que não é possível na via estreita do *habeas corpus*.

Por fim, no que tange às penas estabelecidas na sentença, sobre elas também não houve manifestação do Tribunal de Apelação nem da Corte Superior de Justiça, a impedir sua análise nesse momento, sob pena de supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, verifico que, no caso, as penas foram

HC 109713 / RJ

fixadas na sentença aos seguintes fundamentos:

“(…)

Atenta às diretrizes do Art. 68 do Código Penal, passo a dosar e a individualizar as penas a serem impostas ao réu, salientando que, na esteira da jurisprudência dos tribunais superiores, nas hipóteses em que houver sido reconhecida mais de uma qualificadora pelo Conselho de Sentença, a primeira será utilizada como tal, para configuração do tipo qualificado, e as demais serão consideradas como agravantes.

As circunstâncias subjetivas, assim entendidas aquelas relativas à pessoa do réu, ou seja, antecedentes, conduta social e personalidade serão analisadas uma única vez pois não sofrem alterações para nenhum dos delitos.

Crime de homicídio tendo como vítima Natália Vieira de Paula.

O réu é primário e não possui antecedentes criminais. Não há elementos nos autos para avaliar sua conduta social. A própria mecânica do delito aponta para a frieza de sentimentos diante do sofrimento de uma criança indefesa, o que é um indicativo negativo da personalidade do agente. O motivo torpe não pode ser considerado para agravamento da pena-base, pois está sendo considerado para configuração da figura qualificada do homicídio. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem desnecessariamente o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13 (treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, considero a agravante do artigo 61, II, "d", do Código Penal (forma insidiosa), reconhecida pelo Conselho de Sentença, e aumento a pena de 10 (dez) meses, passando-a para 13 (treze) anos e 10 (dez) meses

HC 109713 / RJ

de reclusão. Por fim, na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, vez que o crime foi cometido contra vítima menor de 14 (catorze) anos, acrescentando a pena de 1/3 (um terço) e atingindo um total de 18 (dezoito) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Torno esta pena definitiva na falta de outras causas de aumento ou diminuição.

Crime de homicídio tendo como vítima Gabriel do Nascimento de Souza.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. O motivo torpe não pode ser considerado para agravamento da pena-base, pois está sendo considerado para configuração do tipo qualificado do homicídio. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito, Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13 (treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, verifico a presença da agravante do artigo 61, II, "d", do Código Penal (meio insidioso), reconhecida pelo Conselho de Sentença bem como a atenuante inominada do art. 66, dado que não se mostram aplicáveis pela prova dos autos as mencionadas no art. 65. Procedo, assim, à compensação de ambas, mantendo a pena neste patamar. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14(catorze) anos, acrescentando a pena de 1/3 (um terço) e atingindo um total de 17 (dezessete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Por fim, faço incidir a causa de diminuição da parte geral do Código Penal, prevista no art. 14, II, correspondente à tentativa. Considerando que a vítima entrou em quadro de insuficiência respiratória e que as testemunhas médicas que a atenderam afirmaram que caso não

HC 109713 / RJ

tivesse sido entubada teria morrido, dou por certo o fato de que o agente percorreu praticamente todo o *iter* criminoso e que o crime chegou muito próximo da consumação. Por esta razão, diminuo a pena de 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 11 (onze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Crime de homicídio tendo como vítima Luan Cassiano da Silva.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. O motivo torpe não pode ser considerado para agravamento da pena-base pois está sendo considerado para configuração do tipo qualificado do homicídio. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13 (treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, considero a agravante do artigo 61, II, "d", do Código Penal (meio insidioso), reconhecida pelo Conselho de Sentença, e aumento a pena de 10 (dez) meses, passando-a para 13 (treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14 (catorze) anos, acrescentando a pena de 1/3 (um terço) e atingindo um total de 18 (dezoito) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Por fim, faço incidir a causa de diminuição da parte geral do Código Penal, prevista no art. 14, II, correspondente à tentativa. Considerando que a vítima entrou em quadro de insuficiência respiratória e que as testemunhas médicas que a atenderam afirmaram que caso não tivesse sido entubada teria morrido, dou por certo o fato de que o agente percorreu praticamente todo o *iter* criminoso e que o crime chegou muito próximo da consumação. Por esta razão, diminuo a pena de 1/3 (um terço), tomando-a

HC 109713 / RJ

definitiva em 12 (doze) anos, 03 (três) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão.

Crime de homicídio tendo como vítima Lucas Souza da Silva.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. Considero a forma insidiosa como figura que qualifica o homicídio, não utilizando-a para o agravamento da pena-base na consideração das circunstâncias judiciais. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13(treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, não verifico a existência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14 (catorze) anos, acrescendo a pena de 1/3 (um terço) e atingindo um total de 17 (dezesete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Por fim, faço incidir a causa de diminuição da parte geral do Código Penal, prevista no art. 14, II, correspondente à tentativa, Considerando que a vítima entrou em quadro de insuficiência respiratória e que as testemunhas médicas que a atenderam afirmaram que caso não tivesse sido entubada teria morrido, dou por certo o fato de que o agente percorreu praticamente todo o *iter* criminoso e que o crime chegou muito próximo da consumação. Por esta razão, diminuo a pena de 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 11 (onze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Crime de homicídio tendo como vítima Allanderson Luis R. da Silva.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. O motivo torpe não pode ser

HC 109713 / RJ

considerado para agravamento da pena-base pois está sendo considerado para configuração do tipo qualificado do homicídio. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13 (treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, considero a agravante do artigo 61, II, "d" do Código Penal (meio insidioso), reconhecida pelo Conselho de Sentença, e aumento a pena de 10 (dez) meses, passando-a para 13 (treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14 (catorze) anos, acrescentando a pena de 1/3 (um terço) e atingindo um total de 18 (dezoito) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Por fim, faço incidir a causa de diminuição da parte geral do Código Penal, prevista no art. 14, II, correspondente à tentativa. Considerando que a vítima entrou em quadro de insuficiência respiratória e que as testemunhas médicas que a atenderam afirmaram que caso não tivesse sido entubada teria morrido, dou por certo o fato de que o agente percorreu praticamente todo o *iter* criminoso e que o crime chegou muito próximo da consumação. Por esta razão, diminuo a pena de 1/3 (um terço), tomando-a definitiva em 12 (doze) anos 03 (três) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão.

Crime de homicídio tendo como vítima Giulia dos Santos Marinho.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. Considero a forma insidiosa como figura que qualifica o homicídio, não utilizando-a para o agravamento de pena-base na consideração das circunstâncias judiciais. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima,

HC 109713 / RJ

presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, afixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13(treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, não verifico a existência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14(catorze) anos, acrescentando a pena de 1/3(um terço) e atingindo um total de 17(dezessete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pena esta que tomo definitiva.

Crime de homicídio tendo como vítima Izabel Vitória Costa de Souza.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. O motivo torpe não pode ser considerado para agravamento da pena-base pois está sendo considerado para configuração do tipo qualificado do homicídio. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13(treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, considero a agravante do artigo 61, II, "d" do Código Penal (meio insidioso), reconhecida pelo Conselho de Sentença, e aumento a pena de 10 (dez) meses, passando-a para 13 (treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14(catorze) anos, acrescentando a pena de 1/3 (um terço) e atingindo um total de 18 (dezoito) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Por fim, faço incidir a causa

HC 109713 / RJ

de diminuição da parte geral do Código Penal, prevista no art. 14, II, correspondente à tentativa. Considerando que a vítima entrou em quadro de insuficiência respiratória e que as testemunhas médicas que a atenderam afirmaram que caso não tivesse sido entubada teria morrido, dou por certo o fato de que o agente percorreu praticamente todo o *iter* criminoso e que o crime chegou muito próximo da consumação. Por esta razão, diminuo a pena de 1/3(um terço), tomando-a definitiva em 12 (doze) anos 03 (três) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão.

Crime de homicídio tendo como vítima Renato Pereira Januário.

As circunstâncias subjetivas analisadas anteriormente se aplicam também a este delito. O motivo torpe não pode ser considerado para agravamento da pena-base pois está sendo considerado para configuração do tipo qualificado do homicídio. Quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, os fatos praticados pelo réu fizeram com que familiares da vítima, presentes no momento do agravamento súbito do seu quadro clínico, presenciassem o sofrimento imposto à criança. Por fim, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Assim, considero parcialmente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, em seu conjunto, e fixo a pena-base em patamar pouco superior ao mínimo legal, em 13(treze) anos de reclusão. Na segunda fase de fixação da pena, considero a agravante do artigo 61, II, "d" do Código Penal (meio insidioso), reconhecida pelo Conselho de Sentença, e aumento a pena de 10 (dez) meses, passando-a para 13 (treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na terceira fase, faço incidir a causa de aumento prevista no § 4º do art. 121, eis que o crime foi cometido contra vítima menor de 14 (catorze) anos, acrescendo a pena de 113(um terço) e atingindo um total de 18 (dezoito) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Por fim, faço incidir a causa de diminuição da parte geral do Código Penal, prevista no art. 14, II, correspondente à tentativa. Considerando que a vítima entrou em quadro de insuficiência respiratória e que as testemunhas médicas que a atenderam afirmaram que caso não

HC 109713 / RJ

tivesse sido entubada teria morrido, dou por certo o fato de que o agente percorreu praticamente todo o iter criminoso e que o crime chegou muito próximo da consumação. Por esta razão, diminuo a pena de 1/3 (um terço), tomando-a definitiva em 12 (doze) anos 03 (três) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão.

O regime inicial para o cumprimento das penas será o fechado nos termos do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei 8.072/90.

Cabe, por fim, indagar sobre a possibilidade de aplicação das regras de concurso de crimes, sendo certo que nestes autos, por ocasião da sentença de pronúncia, ao autorizar o julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, o juízo o fez na estrita forma do libelo, declarando-o incurso no artigo 121 do Código Penal, na forma do artigo 69 do mesmo diploma, vale dizer acolhendo, naquela oportunidade, a figura do concurso material.

A defesa não recorreu da sentença nesta parte, de sorte que, transitada em julgado aquela decisão, encontra-se este juízo, no momento, vinculado a tal capitulação legal para fins de aplicação de pena. Este é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo como precedente o HC 62.300, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 03.03.2008.

Friso, ademais, que ainda que não houvesse tal vinculação, a aplicação da figura da continuidade delitiva nos crimes contra a vida, na forma do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, exige não apenas o preenchimento das circunstâncias objetivas mas também aquela subjetiva consistente na unidade de desígnios, a permitir a conclusão de que os crimes subseqüentes foram uma decorrência dos antecedentes na busca de um mesmo fim. Em que pese o reconhecimento de motivação torpe idêntica para alguns dos crimes deste processo por parte do Conselho de Sentença, tenho que os fatos apontam para desígnios totalmente autônomos eis que o réu escolheu deliberadamente certas vítimas para contra elas praticar os crimes. Por fim, a distância temporal de alguns delitos impede que eles sejam tidos por elementos de uma

HC 109713 / RJ

mesma cadeia delitiva, sendo certo que o primeiro crime imputado ao acusado ocorreu em fevereiro de 2005 e o último em novembro do mesmo ano.

Portadas estas razões, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, restando afastada a hipótese de continuidade delitiva.”

Ora, 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. Cabe 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 nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias inferiores apenas em eventuais casos de discrepâncias gritantes e arbitrárias

E, na minha compreensão, não se mostra hábil o *habeas corpus* para revisão a respeito, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, não verificadas, na hipótese *sub judice*, em que as penas foram fixadas de modo fundamentado e proporcional.

Tendo presentes esses fundamentos, tenho sido refratária à utilização do *habeas corpus* para a revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias anteriores.

Do mesmo modo, o paciente foi pronunciado nos termos da denúncia e quanto ao tema não se insurgiu a Defesa no momento oportuno, ficando, pois, preclusa a questão. Ademais, igualmente reconhecida a existência de desígnios autônomos, irrelevante o lapso temporal entre os delitos.

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

Ante o exposto, impõe-se a extinção do *habeas corpus* sem resolução do mérito, pela inadequação da via eleita, manejado que foi como substituto do recurso constitucional.

É como voto.

HC 109713 / RJ

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 109.713

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

PACTE.(S) : ABRAÃO JOSÉ BUENO

IMPTE.(S) : ABRAÃO JOSÉ BUENO

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

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

Decisão: A Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 19.2.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma