



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.154 - MS (2008/0247257-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : CACILDA KIMIKO NAKASHIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO MELO CORREA
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. AÇÃO PENAL SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. DESEMPREGO. ARGUMENTO INIDÔNEO. DESFAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado.

4. Considerando que o delito foi praticado próximo a várias pessoas, colocando em risco também a vida de terceiros, justificada está a maior elevação na reprimenda básica, pois desfavoráveis as circunstâncias do crime.

5. Remanescendo circunstância judicial negativa, devidamente justificada na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal, como pretendido.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 13 (treze) anos de reclusão, mantidos, no mais, a sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória e o acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.154 - MS (2008/0247257-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : CACILDA KIMIKO NAKASHIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO MELO CORREA
ADVOGADO : SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de JOSÉ ANTÔNIO MELO CORREA, contra acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que negou provimento a Apelação Criminal n.º 2008.020880-6/0000-00, interposta pela defesa, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de **16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado, previsto no art. 121, § 2º, II, do CP.**

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o Tribunal impetrado não poderia ter mantido o édito condenatório, no tocante à fixação da pena-base imposta ao paciente, uma vez que não teria observado os ditames estabelecidos no art. 59 do Estatuto Repressivo, bem como não teria fundamentado a exasperação de forma adequada, na medida em que: **a)** a indicação de que o paciente teria agido com sangue frio quando da execução do delito não poderia ser suficiente para aumentar a sanção em razão da culpabilidade do agente, considerada intensa, porquanto esta conduta estaria implicada em seu dolo e na consciência da ilicitude, elementos já integrantes do tipo penal; **b)** a afirmação do magistrado de que a conduta social do acusado lhe seria desfavorável, por não possuir atividade laborativa, não deveria prosperar, diante do contexto social de desemprego da sociedade brasileira; **c)** as circunstâncias do crime não seriam desfavoráveis, na medida em que a ação foi voltada somente para a vítima; **d)** o paciente seria tecnicamente primário, não havendo documento nos autos principais que comprovasse a existência de possível reincidência e porquanto o magistrado indicou que o paciente possuiria maus antecedentes sem, contudo, mencionar em que se baseou para tal conclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requeru, assim, a concessão sumária do remédio constitucional, para que fossem suspensos os efeitos do acórdão impugnado até o julgamento final do presente *mandamus*, e, no mérito, pretende seja anulada a sentença proferida quanto à dosimetria da pena aplicada, reduzindo-se, via de consequência, a sanção-base para o mínimo legalmente previsto.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 99-100, deferindo-se apenas a observância às prerrogativas legalmente asseguradas à impetrante, inclusive quanto à intimação da data da sessão de julgamento do presente *writ*.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade tida como coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 103-113, manifestou-se pelo não conhecimento do presente remédio constitucional e, acaso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.154 - MS (2008/0247257-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

In casu, verifica-se que o paciente foi condenado à reprimenda de **16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II, do CP**, porque, no dia 20-5-2005, *"utilizando-se de uma arma de fogo e contando com o auxílio de um adolescente, [...] efetuou disparos contra a vítima José Augusto Castilho Cabreira, produzindo-lhes as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito"*, as quais foram a causa de sua morte, segundo reconhecido pelo Conselho de Sentença (fl. 63).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantendo-se, na íntegra, a sentença condenatória.

Daí o presente *writ*, por meio do qual se busca a reexame da reprimenda-base imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor análise da questão *sub examine*, necessário se faz transcrever-se o trecho do édito condenatório relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

"A culpabilidade do réu é intensa, considerando o grau de dolo manifestado, pois demonstrou sangue frio para a prática do delito, apesar de ter plena consciência da ilicitude da sua conduta.

O réu registra maus antecedentes, tanto é que já respondeu a outro processo por crimes de homicídio, tendo inclusive sido condenado.

A conduta social e a personalidade do acusado lhe desfavorecem, pois, além de não haver prova de que exerça ou exercia trabalho lícito, goza de boa saúde e, mesmo assim, vive às margens da lei, no cometimento de crimes graves e exercidos com violência.

As circunstâncias do crime também são desfavoráveis, pois praticado próximo a um grupo de pessoas, trazendo riscos não só à vida da vítima, mas também a todos que estavam presentes.

As consequências são normais do delito, enquanto não há qualquer prova de que a vítima tenha colaborado para a sua ocorrência.

Assim, sopesando as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 16 anos de reclusão." (fls. 63-64)

A egrégia Corte impetrada, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve inalterada a sanção básica irrogada ao paciente, por entender que *"está devidamente fundamentada"*, tendo ressaltado o seguinte:

"Esclareça-se, oportunamente, que, a despeito de haver, na sentença, explícito reconhecimento de que o acusado seja reincidente na prática de homicídio, essa circunstância legal não foi considerada no cálculo da pena (2ª fase da dosimetria), tanto que a pena-base foi aumentada em 4 (quatro) anos, com base nas circunstâncias judiciais, ocasião em que a existência de outra ação criminal em face do paciente foi considerada como maus antecedentes, mas não foi o único elemento considerado.

[...]

Para finalizar, é necessário verificar que a circunstância relacionada com a conduta social (ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação de que o apelante exerça trabalho), na sentença, não implica expressa manifestação da ideia de que pessoas desempregadas sejam mais penalizadas do que outras.

De qualquer modo, as demais circunstâncias judiciais analisadas na sentença são suficientes para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerada, também, a sua intensidade, e não somente a quantidade." (fls. 91 e 95).

No que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o juiz singular, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e as circunstâncias do delito.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

Na espécie, o togado sentenciante destacou que *"a culpabilidade é intensa, considerando o grau de dolo manifestado, pois demonstrou sangue frio para a prática do delito, apesar de ter plena consciência da ilicitude da sua conduta"* (fls. 63-64), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não a no sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, destacando-se que também não foram apontados elementos concretos que justificassem a conclusão sobre a alegada frieza com que foi cometido o ilícito, a justificar o aumento da reprimenda procedido em decorrência dessa circunstância judicial.

Veja-se, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

"[...]

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato.

Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal." (HC n.º 107.795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16-12-2008, DJe 2-3-2009)

Ao prosseguir na análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau afirmou que *"o réu registra antecedentes, tanto é que já respondeu a outro processo por crimes de homicídio, tendo inclusive sido condenado"* (fl. 64); não obstante, observa-se que o que motivou as instâncias ordinárias a exasperar a sua sanção-base foi a existência de 1 (um) processo penal em andamento - Processo-Crime n.º 002.03.005052-0, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS (fls. 107 e 120 dos autos principais - aqui, às fls. 23-24) - entendimento que não encontra amparo na pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, segundo a qual inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Confira-se o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

[...]

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Na sequência, o juiz singular consignou que *"a conduta social e a personalidade do acusado lhe desfavorecem, pois, além de não haver prova de que exerça ou exercia trabalho lícito, goza de boa saúde e, mesmo assim, vive às margens da lei, no cometimento de crimes graves e exercidos com violência" (fl. 64)*, argumento que também não justifica maior apenação na primeira etapa de fixação da reprimenda, tendo em vista que, segundo julgado da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, *"a falta de emprego, no contexto social vivido, não revela circunstância judicial, mas infortúnio amargado por significativa parcela da sociedade" (HC n.º 74.034/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16-3-2010, DJe 5-4-2010, p. 4).*

Ademais, consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal, *"a conduta social do agente liga-se, evidentemente, ao comportamento do agente no interior do grupo social a que pertence - família, vizinhança, escola, trabalho etc -, destacando-se suas relações intersubjetivas, bem como - e principalmente - a imagem formada por sua personalidade e sua projeção nesses grupos" (HC n.º 114.528/MS, QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3-2-2009, DJe 9-3-2009)*, de maneira que a falta de emprego, por si só, não se presta a demonstrar a negatividade da circunstância judicial da conduta social, tampouco a da personalidade, a justificar maior exasperação punitiva na primeira fase da dosimetria, visto que, diante da realidade social brasileira, é infortúnio da maior parte da população, e não algo tencionado.

Por fim, considerou o juiz singular desfavoráveis as circunstâncias do delito, *"pois praticado próximo a um grupo de pessoas, trazendo riscos não só à vida da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima, mas também a todos que estavam presentes" (fl. 64).

Leciona a doutrina que as circunstâncias do delito são definidas como aquelas que *"cercaram a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto (lugar, maneira de agir, ocasião etc.)"*, destacando a doutrina que *"também quanto a estas, não devem pesar aqui certas circunstâncias especialmente previstas no próprio tipo ou como circunstâncias legais ou causas especiais (exemplos: repouso noturno, lugar ermo, etc.) para evitar dupla valoração (bis in idem)"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 187).

E, na hipótese dos autos, verifica-se que a forma da ação delituosa e o lugar em que foi praticado o ilícito revelam, de fato, maior reprovabilidade dessa circunstância judicial, a justificar a elevação da reprimenda-base procedida nesse ponto, porquanto praticado próximo a outras pessoas, colocando também as suas vidas em risco.

Dessa forma, justamente porque verificado que o decreto condenatório carece em parte de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a existência de apenas 1 (uma) circunstância judicial desfavorável - circunstâncias do crime -, merece ser parcialmente reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base do paciente em 13 (treze) anos de reclusão, a qual, nestes moldes, resta definitiva, já que ausentes quaisquer causas outras modificativas da reprimenda que lhe foi imposta.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, tão somente para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em **13 (treze) anos de reclusão**, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0247257-2

HC 120.154 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070337142 20080208806 2051023697

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: CACILDA KIMIKO NAKASHIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: JOSÉ ANTÔNIO MELO CORREA
ADVOGADO	: SÉRGIO HABIB - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário