



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.314 - MS (2011/0283566-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ÉLBIO DE OLIVEIRA FERNANDES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta e individualizada, não bastando para o exame negativo das circunstâncias do art. 59 do Código Penal a citação de expressões genéricas ou indeterminadas. Precedente.

3. Hipótese em que, a despeito da ausência de motivação idônea para o exame negativo da culpabilidade, da personalidade e da conduta social e de dupla valoração indevida da reincidência como antecedentes criminais, a pena-base estipulada pelo Juízo sentenciante deve ser mantida – 1/12 avos acima do mínimo legal – em 13 anos de reclusão, pela ponderação das circunstâncias em que o delito foi cometido – vítima que, sem envolvimento com a rixa formada, entrou no tumulto com a intenção de proteger seus sobrinhos menores.

4. No julgamento de recurso especial submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC, a Terceira Seção deste Tribunal consignou ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (REsp n. 1.341.370/MT, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17/4/2013).

5. No caso, o Juízo de primeiro grau, não obstante o reconhecimento de duas atenuantes – a confissão espontânea e o fato de o delito ter sido cometido sob a influência de multidão em tumulto (art. 65, III, "d" e "e", do CP) –, elevou a pena-base em 1 ano, por julgar "naturalmente preponderante" a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), em manifesto descompasso com a orientação sedimentada nesta Corte.

6. Remanescendo a atenuante do art. 65, III, "e", do Código Penal, a pena de reclusão definitiva deve ser reduzida ao mínimo legal. Inteligência da Súmula 231 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, mantida a condenação, redimensionar a pena, em razão da compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e da aplicação da atenuante do art. 65, III, "e", do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.314 - MS (2011/0283566-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de ÉLBIO DE OLIVEIRA FERNANDES, em que se aponta como autoridade coatora a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à Apelação n. 2010.031146-1, em acórdão assim ementado (fl. 35 – grifos acrescidos):

APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS EM RAZÃO DE NÃO RECONHECIMENTO, PELOS JURADOS, DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS – DECISÃO DOS JURADOS COERENTES COM AS PROVAS – PRINCÍPIO DA SOBERANIA – PENA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O afastamento da legítima defesa putativa, coerente com as provas do processo, impõe a manutenção da decisão dos jurados, para não ferir o princípio da soberania de seus veredictos.

Se a pena foi fixada não transcendeu os limites da discricionariedade e também pautou-se pelo critério da proporcionalidade, quando aumentou em apenas 1/6 a pena-base, com fulcro na agravante da reincidência, impõe-se a sua manutenção.

Consta dos autos que o Juízo do Tribunal do Júri da Comarca de Ivinhema/MS condenou o paciente, pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II, do Código Penal, a 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 30/34).

Segundo o *writ*, o paciente sofre constrangimento ilegal porque: *a*) a valoração negativa da culpabilidade, da conduta social e das circunstâncias do crime carecem de fundamentação idônea; *b*) a reincidência foi considerada na primeira e na segunda fase da dosimetria da reprimenda, afrontando o princípio do *non bis in idem*; *c*) a negativa de autoria do crime, examinada quando da análise da circunstância da personalidade, não pode ser considerada para exasperação da pena-base; e *d*) o Juízo sentenciante considerou a preponderância da reincidência sobre duas atenuantes (art. 65, III, "d" e "e", do CP).

Ao final, a impetrante requer o redimensionamento da pena.

A liminar foi indeferida pelo relator na época, em. Ministro Adilson Vieira Macabu (fls. 49/50).

As informações encontram-se nas fls. 59/98.

Em parecer (fls. 102/105), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, para excluir da pena-base o aumento relativo à personalidade, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social, à culpabilidade e aos antecedentes do agente e manter a exasperação relativa à reincidência.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.314 - MS (2011/0283566-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

No caso, colhe-se dos autos que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ivinhema/MS, para justificar a análise do art. 59 do Código Penal, assentou os seguintes fundamentos (fls. 32/33 – grifos acrescidos):

Passo a individualização da pena, segundo os critérios do art. 59 do Código Penal.

Considero como circunstâncias judiciais que a culpabilidade verifica-se, eis que, tendo integral consciência do ilícito, lhe era exigível conduta diversa. Quanto aos antecedentes, verifico ser o réu reincidente em crime doloso (certidão de f. 226), além de registrar outros antecedentes relevantes. Com relação a personalidade do denunciado, observo se tratar de pessoa evidentemente dissimulada, eis que durante todo o curso desta instrução, negou peremptoriamente ser o autor das lesões da vítima, ou mesmo o proprietário do punhal apreendido. Sua conduta social que lhe é desfavorável, uma vez que desde a adolescência demonstrou conduta desviante, eis que registra ocorrências de porte de arma e violência já naquela seara. Os motivos que são relevantes, integrante do tipo. As circunstâncias que foram particularmente graves, uma vez que a vítima, pessoa idônea, que de forma nenhuma tinha envolvimento com a rixa formada, transeunte inocente, ali compareceu apenas com a intenção de proteger seus sobrinhos menores, eles próprios tolhidos inocentemente pela confusão provocada por outros. Quanto as consequências, considero-as gravíssimas, integrantes do tipo. Por fim, verifico que o comportamento da vítima em nada contribuiu para o resultado.

Assim, diante de tais elementos, preponderantemente negativos, fixo a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão [...].

A Corte de origem, ao negar provimento ao recurso defensivo, destacou que "o magistrado agiu com acerto, vez que não transcendeu os limites da discricionariedade e também pautou-se pelo critério da proporcionalidade, quando aumentou em apenas 1/6 a pena-base, com fulcro na agravante da reincidência" (fl. 64).

Conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal, a fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta e individualizada, não bastando para o exame negativo das circunstâncias do art. 59 do Código Penal a citação de expressões genéricas ou indeterminadas (REsp n. 1.383.921/RN, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 25/6/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, para o exame negativo da culpabilidade, o julgador limitou-se a sustentar que, "tendo integral consciência do ilícito, lhe era exigível" – ao paciente – "conduta diversa". Acontece que a exigibilidade de conduta diversa é elemento que não faz parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, já que, em verdade, é pressuposto da culpabilidade em sentido estrito, terceiro substrato do conceito analítico de crime (HC n. 238.219/PB, relator Ministro Walter de Almeida Guilherme, Desembargador Convocado do TJ/SP, Quinta Turma, *DJe* 5/11/2014).

No que se refere à personalidade desfavorável do agente, foi dito simplesmente pelo magistrado que o paciente é dissimulado, pois "durante todo o curso desta instrução, negou peremptoriamente ser o autor das lesões da vítima, ou mesmo o proprietário do punhal apreendido". Ora, o art. 5º, LXIII, da CF e art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal asseguram ao acusado o direito ao silêncio ou à não auto-incriminação e a faculdade de negar a autoria delitiva, sem que isso implique qualquer valoração negativa por parte do órgão julgador (HC n. 178.141/MS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* 28/6/2011).

A conduta do paciente foi declarada danosa à sociedade porque, segundo o Juízo de piso, o réu "registra" – na sua adolescência – "ocorrências de porte de arma e violência". Todavia, é cediço nesta Corte que a prática de atos infracionais não se presta para justificar o aumento da pena-base, haja vista que a espécie medida socioeducativa não se amolda ao gênero infração penal, não podendo ser ponderada na apuração da vida pregressa do apenado (HC n. 119.995/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJe* 9/8/2010).

Ainda na etapa inicial da dosagem da pena-base, com relação aos antecedentes criminais do acusado, o Juiz que presidiu o feito asseverou a existência de uma condenação anterior, afirmando tratar-se de réu "reincidente em crime doloso". Além disso, mencionou apenas que o paciente possui "outros antecedentes relevantes", sem especificar quais. Sucede que, na fase intermediária de definição da reprimenda, a mesma circunstância foi utilizada para exasperar a pena-base, conforme se depreende do seguinte trecho (fl. 33):

Outrossim, presente circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, naturalmente preponderante, aumento-a em 02 (dois) anos de reclusão, quedando-a definitiva em 14 (quatorze) anos de reclusão, ante a ausência de outros elementos a serem sopesados.

Por essa razão, o decreto condenatório, ao considerar a reincidência na primeira e na segunda fase da fixação da reprimenda, incorreu em dupla valoração de circunstância maléfica ao réu, o que é vedado pela Súmula 241 desta Corte.

Considero que a pena-base foi indevidamente exacerbada pela ponderação desfavorável das circunstâncias da culpabilidade, da personalidade e da conduta do paciente. Entendo, também, que a pena-base foi elevada indevidamente na primeira fase, pelo fato de o réu ser reincidente. Esse aumento há de ser acrescentado na segunda etapa do cálculo da pena.

Contudo, no que tange as circunstâncias do crime, observo que a fundamentação aventada é suficientemente apta para acrescer a pena-base, já que não integra o tipo penal e encontra-se embasada em dados concretos. Vejamos (fl. 33 – grifos acrescentados):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As circunstâncias que foram particularmente graves, uma vez que **a vítima**, pessoa idônea, que de forma nenhuma tinha envolvimento com a rixa formada, transeunte inocente, ali **compareceu apenas com a intenção de proteger seus sobrinhos menores**, eles próprios tolhidos inocentemente pela confusão provocada por outros.

Não obstante a inidoneidade da fundamentação das circunstâncias da culpabilidade, da personalidade e da conduta social do agente e da indevida análise da reincidência na primeira fase da dosimetria da pena como maus antecedentes mantenho a pena-base estipulada pelas instâncias ordinárias, exclusivamente, pelo exame desfavorável das circunstâncias do delito, pois o edito condenatório adicionou tão somente 1/12 avos (1 ano) ao mínimo legalmente previsto para o crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do CP), perfazendo a reprimenda, ao final da primeira fase, 13 anos de reclusão.

Finalmente, melhor sorte assiste ao paciente no segundo passo da estipulação da sanção corporal.

Nota-se nos autos que o Juízo de primeiro grau (fl. 33), a despeito de ter reconhecido a presença de duas atenuantes – a confissão espontânea e o fato de o delito ter sido cometido sob a influência de multidão em tumulto (art. 65, III, "d" e "e", do CP) –, elevou a pena-base em 1 ano, por julgar "naturalmente preponderante" a circunstância agravante prevista no art. 61, I, do CP (reincidência).

Quanto ao tema, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, adotou o entendimento de que inexistente preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Desse modo, considerou-se que as duas circunstâncias compensam-se entre si. Confira-se a ementa do mencionado julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.
2. Recurso especial provido.

(Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, *DJe* 17/4/2013).

Destarte, na segunda fase no cálculo da pena, a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, por serem ambas as circunstâncias preponderantes, mostrando-se irrelevante se a confissão foi integral ou parcial (*vide* HC n. 268.287/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJe* 3/6/2014).

Portanto, forçoso o redimensionamento da reprimenda.

A pena-base, em conformidade com o que já foi dito, deve permanecer em 13 anos de reclusão (1/12 avos acima do mínimo legal), por efeito da análise desabonadora das circunstâncias do crime (art. 59 do CP).

Porém, na segunda fase da dosimetria, a atenuante da confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea deve ser compensada com a agravante de reincidência. Remanesce, portanto, a atenuante de ter o agente "cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto" (art. 65, III, "e", do CP).

Desse modo, reduzo a pena ao patamar mínimo, isto é, para 12 anos de reclusão, uma vez que, consoante a Súmula 231 desta Corte, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Na ausência de reconhecimento de causa de diminuição ou de aumento pelas instâncias anteriores (fl. 33), torno a pena definitiva em 12 anos de reclusão.

Mantenho os demais termos da sentença condenatória, inclusive o regime prisional inicial fechado, por se tratar de paciente reincidente, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e "b", do CP.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, somente para, mantida a condenação, redimensionar a pena para 12 anos de reclusão, nos termos acima expostos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0283566-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 226.314 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12080009389 20100311461

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ÉLBIO DE OLIVEIRA FERNANDES
CORRÉU	: ÉLCIO MARTINS JUNIOR

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.