



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.595 - AL (2016/0001447-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PACIENTE : CARLOS EDUARDO SOUZA (PRESO)
PACIENTE : WANDERLEI DO NASCIMENTO FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Nos termos do art. 59 do Código Penal – CP, o Magistrado deve efetuar a dosimetria da pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

3. *In casu*, não se extraem elementos concretos e idôneos à valoração negativa da culpabilidade dos agentes. O único elemento mencionado pelas instâncias ordinárias diz respeito ao conhecimento da ilicitude da conduta, que não corresponde à circunstância judicial prevista no art. 59 do CP, mas, sim, à noção de culpabilidade como um dos requisitos do fato punível, dentro do conceito doutrinário de delito. Impõe-se, assim, o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, porque ausentes elementos idôneos e concretos para aferir-lhe desvalor.

4. A ausência, por parte da vítima, de comportamento particularmente estimulante ou desestimulante ao crime praticado tem por consequência a desconsideração desse vetor, considerando-se constrangimento ilegal sua valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando as penas dos pacientes, fixá-las no patamar de 16 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, mantidos os demais parâmetros adotados na origem.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.595 - AL (2016/0001447-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PACIENTE : CARLOS EDUARDO SOUZA (PRESO)
PACIENTE : WANDERLEI DO NASCIMENTO FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em benefício de CARLOS EDUARDO SOUZA e WANDERLEI DO NASCIMENTO FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Apelação n. 0003190-83.2013.8.02.0001).

Infere-se dos autos que os pacientes foram sentenciados, em primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal – CP (homicídio triplamente qualificado) à pena de 26 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, reduzindo a pena ao patamar de 21 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, ainda no regime inicial fechado. O acórdão restou assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. PRELIMINARES DE NULIDADE POR SUPOSTA AFRONTA AO ART. 464 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DE NULIDADE PELA NÃO OITIVA EM PLENÁRIO DE TESTEMUNHA ARROLADA EM CARÁTER DE IMPRESCINDIBILIDADE. A PRIMEIRA, NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. QUANTO A SEGUNDA, INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DA DEFESA DE INFORMAR, AO CARTÓRIO, O ENDEREÇO ATUALIZADO PARA EVENTUAIS INTIMAÇÕES. PRELIMINARES REJEITADAS. UNANIMIDADE. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CORRENTES PROBATÓRIAS DISTINTAS. FILIAÇÃO DOS JURADOS A UMA DELAS. PRECEDENTES. DECISÃO DOS JURADOS AMPARADA NO CONJUNTO DE PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. IDENTIDADE ENTRE AS CONDUTAS ATRIBUÍDAS AOS RÉUS. DESNECESSIDADE DA REPETIÇÃO DA DOSIMETRIA PARA CADA UM DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ANÁLISE CONJUNTA. POSSIBILIDADE. REJEITADA A PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. ANÁLISE DA PENA APLICADA. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO NA VALORAÇÃO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, A SABER, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. SEGUNDA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA SENTENÇA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS DEFINITIVAS PARA 21 (VINTE E UM) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 15 (QUINZE) DIAS. REGIME INICIAL FECHADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (fls. 150/151)

No presente *writ*, a impetrante aponta constrangimento ilegal na exasperação da pena-base. Argumenta que a valoração desfavorável da culpabilidade equivocadamente se fundou na *"noção de culpabilidade enquanto elemento do conceito analítico de crime (potencial consciência da ilicitude, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa)"* (fl. 5) e, não, no grau de reprovabilidade da conduta.

Aduz, ainda que o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado desfavorável na dosimetria da pena-base.

Pugna, assim, pelo redimensionamento da pena, afastando-se o desvalor conferido à circunstâncias judiciais de culpabilidade e comportamento da vítima.

Sem pedido liminar.

Informações prestadas (fls. 215/264).

O Ministério Público Federal opinou, em parecer de fls. 268/270, pela concessão da ordem, com fixação da pena-base em 14 anos e 3 meses de reclusão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.595 - AL (2016/0001447-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. Nessa esteira:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2016).

Busca-se, na presente impetração, o redimensionamento das penas-bases dos pacientes, a partir do afastamento da valoração negativa dos vetores culpabilidade e comportamento da vítima.

A sentença assim procedeu à dosimetria das penas dos pacientes, no que interessa:

Por tais razões, atendendo ao disposto nos artigos 59 e 68. ambos do CPB, passo a dosar-lhes a reprimenda penal

Quanto à culpabilidade, esta deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime. No presente caso, os réus conheciam a ilicitude de suas condutas, praticaram o crime de forma extremamente reprovável. Desse modo, mostrou-se bastante considerável e intensa, merecendo as suas condutas elevada reprovação social, sendo-lhes tal circunstância desfavorável.

No tocante a seus antecedentes, estes devem ser considerados como os dados atinentes a vida pregressa do réu na seara criminal. Dizem respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins. A vida pregressa do réu Carlos Eduardo em matéria criminal é péssima, conforme informações constantes nos autos. Enquanto o réu Wanderley do Nascimento nada registra, apesar de o mesmo ter mencionado que responde a um processo por crime de porte ilegal de arma. Entretanto, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, formalizado na Súmula n.º 444, in verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Portanto, considero está circunstância favorável.

A conduta social é o "estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizades e vizinhança etc. Os réus não têm boa conduta social, porque atentam contra a paz da sociedade, segundo os autos, razão porque essa circunstância deve ser tida como desfavorável aos réus.

A personalidade, por sua vez, é o "perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais.- A personalidade do réu segundo ensinamentos do jurista Vladimir Aras, in verbis: "se o réu não está obrigado a falar, está claro que não necessita mentir. A mentira, será, portanto, um elemento indicativo de sua personalidade, que poderá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser negativamente avaliada pelo julgador, na medida em que a mentira tem por objetivo provocar um erro no judiciário, iludir o juiz, ludibriar a parte adversa, enganar a coletividade, atrapalhar a justa prestação jurisdicional, prejudicar as vítimas ou terceiros.

Na obra de Andrey Borges de Mendonça, este informa o seguinte: "(...) o réu, caso minta em seu interrogatório, poderá ter tal fator considerado na aplicação da pena, sobretudo na primeira fase de aplicação da pena, por demonstrar um aspecto negativo de sua personalidade, nos termos do art. 59 do CP"⁷.

No caso em epígrafe, diante das assertivas supramencionadas, entendo que a personalidade dos agentes não devem ser aferidas por este Juízo, porque os réus não imputaram a ninguém a autoria, simplesmente a negaram. Portanto, considero esta circunstância favorável aos réus.

Os motivos do crime "são os fatores psíquicos que levam a pessoa a praticar o crime."⁸ Verifica-se, nos autos, que o motivo do crime foi torpe, pois gira em torno de pagamento de recompensa. Contudo, esta circunstância deve ser considerada favorável aos réus, para se evitar o bis in idem, em face do acolhimento da qualificadora do motivo torpe.

As circunstâncias do delito são os "dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura.". Aqui, a referida circunstância judicial deve ser aplicada em desfavor dos réus, levando-se em conta que o crime se deu no momento em que a vítima estava na companhia do corréu Rafael Cícero nos coqueirais da praia de Cruz das Almas. Nota-se que o crime foi praticado com tamanha selvageria, tendo sido extrapolados de tal forma os limites do tipo penal, que suas condutas devem ser agravadas quanto a essa circunstância.

As consequências do delito, isto é. o "conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade," foram relevantes, uma vez que a vítima era o único filho homem dessa honrada família. Ademais, a vítima não tinha envolvimento com crimes. Esta circunstância deve ser considerada desfavorável aos réus.

O comportamento da vítima está "ligado à vitimologia, isto é. ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal. Essa circunstância deve ser considerada desfavorável aos réus, pois a vítima agiu dentro da normalidade e não deu contribuição para o evento criminoso.

Ademais, vale registrar o que foi mencionado pelo digno assistente da acusação que "as provas que foram produzidas em instrução processual são mais do que claras em evidenciar que Fábio Acioli era um filho amável e que amava seus pais, sua irmã e seus amigos intensamente. A palavra menos elogiosa que fora dita pelas testemunhas para referir-se a Fábio foi "amigo", companheiro, educado, honesto e respeitador foram palavras rotineiramente utilizadas para tentar definir a personalidade de Fábio Acioli. Que a decisão de hoje seja mais do que a apuração da responsabilidade penal de seus algozes, mas o resgate da honra e da dignidade da lembrança de um filho amado que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi e que deixou muitas saudades".

Assim, com respaldo no art 59 do Código Penal Brasileiro, fixo-lhes a pena base de 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses de reclusão. (fls. 71/73)

O Tribunal de origem, ao analisar a apelação defensiva, deu-lhe parcial provimento para redimensionar a pena. Assinalou:

Com relação ao pleito de redimensionamento da pena, vejo que o magistrado aplicou a pena base em 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, ao considerar desfavoráveis 05 (cinco) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, quais sejam, culpabilidade, conduta social, comportamento da vítima, consequências do crime e circunstâncias do crime. Passo a analisá-las de per si. Deixo de tecer comentários sobre as circunstâncias consideradas favoráveis aos apelantes, tendo em vista ser recurso exclusivo da Defesa.

Primeira fase

Culpabilidade

O Juízo a quo valorou desfavorável a culpabilidade dos réus, com o seguinte fundamento:

[...]

Da análise da referida circunstância, entendo que o magistrado valorou acertadamente, pois, sem sombra de dúvidas, estamos a julgar um crime de reprovabilidade acentuada, ante as suas peculiaridades descritas a todo momento, inclusive na ocasião da sentença recorrida. Desse modo, mantenho tal valoração.

Conduta Social

No que pertine à conduta social, relacionada ao comportamento do indivíduo no meio social, familiar e profissional, entendeu o magistrado de primeiro grau por valorá-la negativamente, com a seguinte motivação:

[...]

Nesse toar, entendo que o juiz sentenciante não fundamentou a valoração negativa em nenhum elemento constante dos autos. É de se observar que no caderno processual não há notícias que permitam ao magistrado aferir negativamente a circunstância judicial ora analisada. Nesse ponto, assiste razão a Defesa ao alegar que "as pessoas ouvidas em Juízo, que efetivamente conheciam os apelantes, não atribuíram aos mesmos nenhuma postura discrepante da adotada, como regra, por quem convive de forma harmoniosa com a postura exigida pela sociedade." Desse modo, considero-a favorável aos apelantes.

Consequências do crime

A justificativa utilizada para valorar negativamente a circunstância analisada foi a seguinte:

[...]

Da simples leitura da motivação supra, percebo que a circunstância ora analisada não deve permanecer como desfavorável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para Guilherme de Souza Nucci, as consequências do crime:

Constituem o mal causado pelo crime, transcendendo o resultado típico. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 472-473)

O fato da vítima ser o único filho homem de sua família não figura como fundamento apto à valoração negativa, haja vista não ter sido ultrapassado o resultado típico do tipo penal. Dessa forma, considero-a favorável aos apelantes.

Circunstâncias do crime

O magistrado de piso utilizou-se dos seguintes fundamentos para valorar negativamente as circunstâncias do crime:

[...]

Desta feita, entendo razoável a valoração negativa. De fato o crime foi praticado com grande selvageria, causando sofrimento à vítima. Há de se considerar, ainda, o modus operandi empregado, visto que a vítima foi sequestrada, espancada e gasolina jogada em seu corpo para, logo em seguida, ser ateado fogo, tendo ficado com cerca de 80% de seu corpo queimado, antes de vir a falecer. Nesse ponto, mantenho a circunstância como desfavorável aos apelantes.

Comportamento da vítima

No tocante ao comportamento da vítima, o juiz manifestou-se nos seguintes termos:

[...]

Peço vênia ao douto desembargador Fernando Tourinho de Omena Souza para utilizar-me de seus fundamentos em apelação criminal julgada nesta Câmara Criminal que abordou a matéria:

51. A circunstância judicial em destaque diz respeito à possível provocação ou estímulo, por parte da vítima, à conduta criminosa. Nesse particular, a inexistência da prática de qualquer ato por parte do ofendido, sendo o cometimento do delito fruto da inequívoca vontade do agente, não há como reconhecer, a meu ver, como favorável tal valor, seguindo os precedentes desta Câmara Criminal.

52. **Se o estímulo da vítima, por um lado, pode ensejar uma atenuação da reprimenda a ser estabelecida, a ausência de comportamento contributivo dela não pode ocasionar um tratamento mais benéfico ou mesmo neutro ao réu**, dado que ao agir de forma deliberada o réu demonstra possuir um total descompromisso com a ordem jurídica, seja em relação ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrimônio, à integridade ou mesmo à vida da vítima.

*Por tais considerações, **mantenho a referida circunstância como desfavorável aos apelantes.***

Sendo assim, após a análise acima realizada, considerando as 03 (três) circunstâncias desfavoráveis aos apelantes, redimensiono a pena-base, fixando-a em 18 (dezoito) anos e 09 (nove) meses de reclusão. (fls. 175/179).

Nos termos do art. 59 do CP, o Magistrado deve efetuar a dosimetria da pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

Da leitura da sentença e do acórdão prolatado em apelação, não se extraem elementos concretos e idôneos à valoração negativa da culpabilidade dos agentes.

Com efeito, o único elemento mencionado pelas instâncias ordinárias diz respeito ao conhecimento da ilicitude da conduta, que não corresponde à circunstância judicial prevista no art. 59 do CP, mas, sim, à noção de culpabilidade como um dos requisitos do fato punível, dentro do conceito doutrinário de delito.

A necessária distinção entre a culpabilidade como vetor de aplicação da pena e como elemento ínsito ao conceito de crime é bem explicada por Cezar Roberto Bittencourt, na ocasião em que tece considerações acerca da primeira das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP:

*Culpabilidade – esse requisito – talvez o mais importante do moderno Direito Penal – constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem objetivos ressocializadores ou de recuperação social. A culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou de medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. Por isso, **constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia”.** Ora, essa acepção de culpabilidade funciona como fundamento da pena, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação, onde a culpabilidade tem função limitadora da pena, e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não fundamentadora.

Na verdade, **impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada**, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal — na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação — pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 578)

Confirmam-se, ainda, os precedentes desta Corte:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. QUANTUM DIMINUIÇÃO PELO PRIVILÉGIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PERSONALIDADE INDEVIDAMENTE VALORADA. CONDUTA SOCIAL. COMPROVAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. PERSUASÃO RACIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME VALORADOS. QUALIFICADORAS REJEITAS PELO CONSELHO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO. VINCULAÇÃO DO JUIZ PRESIDENTE AO RESULTADO DA VOTAÇÃO DOS QUESITOS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MORTE. INERENTE AO TIPO. CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DO POTENCIAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE PELO RÉU. PRESSUPOSTO DA EXISTÊNCIA DO PRÓPRIO CRIME. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. PARÂMETRO DE AUMENTO DE 1/8. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A valoração desfavorável dos antecedentes não foi impugnada em apelação e, por consequência, não foi apreciada pelo acórdão, tendo apenas o juízo singular, na sentença condenatória, atestado a existência de condenação penal transitada em julgado, não sendo viável, pois, o conhecimento deste capítulo, sob pena de indevida supressão de instância. Outrossim, como o rito especial do habeas corpus exige a juntada de prova pré-constituída documental para sua instrução, trata-se de ônus probatório do impetrante demonstrar a ausência de maus antecedentes, para reconhecimento de eventual ilegalidade cometida, até porque o dominus litis não se manifesta em habeas corpus. Não fosse assim, qualquer alegação de fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificativo, impeditivo ou extintivo do thema decidendum da ação penal seria presumida verdadeira, sem, contudo, o confronto do dominus litis. Por conseguinte, ausente folhas de antecedentes atualizada a que se referem as instâncias ordinárias, não há meios de se verificar a alegada ocorrência posterior do fato ensejador dos antecedentes, contrariamente ao atestado na condenação, o que torna incontroversa tal conclusão nessa via.

5. A personalidade, por sua vez, foi negativamente valorada sem motivação concreta, tendo em vista que as instâncias ordinárias não declinaram os fatos que levaram à conclusão do desajuste da personalidade do paciente.

6. A conclusão pela conduta social prejudicial resulta de ouvidas de testemunhas desabonadoras, que qualificaram a conduta do agente perante a sociedade como reprovável, sob o argumento de estar envolvido com drogas e ser temido pela sociedade. Inexiste qualquer óbice da prova da conduta social por meio de testemunhas, haja vista a regra da persuasão racional (CPP, art. 155 c/c art. 167), não havendo falar em tarificação legal da prova neste caso. Outrossim, maiores incursões sobre a matéria implicaria indevido revolvimento fático-probatório.

7. A valoração negativa sobre as circunstâncias do crime, calcada na dissimulação, e os motivos do crime, entendido, inicialmente, como torpe, mostra-se indevida. Ambas circunstâncias judiciais constituem qualificadoras do homicídio, entretanto, em julgamento plenário do júri, a primeira foi prejudicada pela conclusão de haver homicídio privilegiado e a segunda foi rejeitada (e-STJ, fl. 26). Malgrado a cisão funcional horizontal da cognição no julgamento pelo Tribunal do Júri, não é possível que o Juiz Presidente, por ocasião da dosimetria, vulnere a conclusão do Conselho de Sentença acerca dos fatos ensejadores de qualificadoras do homicídio, utilizando-os indevidamente como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, afinal, há vinculação do Juiz Presidente ao resultado da votação dos quesitos propostos. Contudo, possível manter o sopesamento das circunstâncias do crime em razão da premeditação, elemento que demonstra maior gravidade da infração penal.

8. A existência de potencial conhecimento da ilicitude pelo réu não permite a exasperação da pena-base sob o título da circunstância judicial da culpabilidade, porquanto é requisito da ocorrência do próprio crime, porquanto é elemento inerente a seu terceiro substrato, consoante teoria tripartida do crime. A culpabilidade a que se refere o art. 59 do Código Penal significa juízo de reprovabilidade da conduta, não se confundindo com o terceiro substrato do crime.

9. Por fim, a morte, per si, é consequência inerente ao crime de homicídio, motivo pelo qual não é fundamento idôneo para exasperar a pena-base, até porque esse fato foi valorado pelo legislador ao fixar a pena em abstrato do crime de homicídio.

10. Há portanto, duas circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio (14 anos), resultaria no acréscimo de 3 (três) anos e 6 (seis) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 9 (nove) anos 6 (seis) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que as instâncias ordinárias cometeram ilegalidade ao fixar a pena-base em 10 (dez) anos, devendo ser reduzida para 9 (nove) anos 6 (seis) meses de reclusão.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a dosimetria da pena-base para 9 (nove) anos 6 (seis) meses de reclusão (HC 180.167/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2016)

CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE DO RÉU E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA TAMBÉM NA PERSONALIDADE DO AGENTE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME E NO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o Magistrado sentenciante, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, justificou os motivos que levaram ao indigitado quantum, considerando, no caso, a culpabilidade e a personalidade do réu, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do delito, além do comportamento da vítima, como ensejadoras do aumento da reprimenda.

II. A fundamentação relativa à culpabilidade e aos motivos do delito não permitem a majoração da pena-base, eis que a alegação de que o réu "possuía o potencial conhecimento da ilicitude do fato" é inerente ao próprio dolo exigido para a configuração do crime por ele praticado, bem como a afirmação de que os motivos para o cometimento do delito foram "a vontade de lucro fácil em detrimento do patrimônio, segurança e integridade psicológica alheios" não constitui fundamentação idônea, ante a flagrante subjetividade de tal argumento.

III. Ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como maus antecedentes os registros policiais e judiciais em nome do réu para efeito de majorar a pena-base. Precedentes.

IV. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

V. A pena-base, todavia, não pode ser fixada no mínimo legal, porquanto as demais circunstâncias judiciais negativamente valoradas pelo Magistrado sentenciante permitem o seu afastamento do mínimo fixado no preceito secundário do tipo legal violado. Precedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. *Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (HC 53.682/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 5/2/2007, p. 272).*

Impõe-se, assim, o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, porque ausentes elementos idôneos e concretos para aferir-lhe desvalor.

Noutro aspecto, não obstante o julgamento colegiado ter consignado que o comportamento da vítima em nenhum momento colaborou à prática do delito, valorou tal circunstância judicial como negativa aos réus.

Esse entendimento, contudo, destoa da jurisprudência iterativa deste Tribunal Superior, que orienta no sentido de que a ausência, por parte da vítima, de comportamento particularmente estimulante ou desestimulante ao crime praticado tem por consequência a desconsideração desse vetor, considerando-se constrangimento ilegal sua valoração negativa na primeira fase da dosimetria da pena. Confirmam-se os precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. EXACERBAÇÃO DA REPRIMENDA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. VÍTIMA QUE NÃO CONTRIBUIU PARA O DELITO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

[...]

2. Somente em situações excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal ou a ausência de fundamentação.

3. Hipótese em que o Tribunal a quo - no tocante à valoração dos maus antecedentes, conduta social e circunstâncias do crime - demonstrou objetivamente a necessidade de exasperação da pena-base, com fundamento em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador. Entretanto, no que tange ao comportamento da vítima, verifica-se que a Corte de origem não indicou como a aludida moduladora extrapolou os limites normais do tipo penal.

4. Este Tribunal Superior possui o entendimento de que o comportamento neutro da vítima não pode ser considerado como desfavorável ao réu na dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial n. 1.341.370/MT, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, adotou o entendimento de que não há preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Desse modo, considerou-se que as duas circunstâncias compensam-se entre si. No caso dos autos, as instâncias ordinárias atribuíram maior peso à reincidência, tendo sido configurado o constrangimento ilegal nesse ponto.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato (HC 299.548/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 29/10/2015).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 8 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 32 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE E DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, UMA USADA COMO MAUS ANTECEDENTES E OUTRA COMO PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VETOR NEUTRO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA VALORAÇÃO NEGATIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. Pesando contra o acusado duas condenações com trânsito em julgado, uma usada como maus antecedentes e outra como personalidade negativa, constata-se que, a teor da jurisprudência desta Corte, há fundamentação concreta e idônea para a valoração desfavorável do vetor da personalidade do agente.

4. As instâncias de origem consignaram que a vítima em nada contribuiu para a prática do crime e a aludida circunstância foi valorada negativamente. Entretanto, tal entendimento não se coaduna com os julgados deste Tribunal Superior, segundo os quais não se pode considerar como desfavorável ao réu o comportamento neutro da vítima.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 7 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 330.941/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe 7/10/2015).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A consciência da ilicitude do fato não justifica a exasperação da pena-base, porque é elemento que diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.

2. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, diz respeito ao histórico do acusado e pode caracterizar maus antecedentes.

3. O fato de não ter havido a restituição dos bens subtraídos não autoriza, por si só, a valoração desfavorável das consequências do crime.

4. A alegação de que a vítima "em nada contribui para a conduta delitiva" não justifica a exasperação da pena-base.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 6 anos, 9 meses e 19 dias de reclusão e pagamento de 21 dias-multa. (HC 287.449/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 12/3/2015).

Nesse contexto, impõe-se o afastamento da valoração negativa do comportamento da vítima, merecendo, também nesse aspecto, reparo a reprimenda básica dos pacientes.

Passo a refazer a dosimetria.

Na primeira etapa, a única circunstância judicial desfavorável aos réus corresponde às circunstâncias do crime, gravíssimas, pois, conforme assinalado na origem, a vítima foi "*sequestrada, espancada e gasolina jogada em seu corpo para, logo em seguida, ser ateado fogo, tendo ficado com cerca de 80% de seu corpo queimado, antes de vir a falecer*" (fl. 178). Diante da intensidade incomum desse vetor, mantenho o patamar de aumento estabelecido no Tribunal de origem, para cada circunstância judicial desfavorável, e fixo a pena-base em 14 anos e 3 meses de reclusão.

Na segunda fase, verifica-se que as três qualificadoras do homicídio em questão correspondem a agravantes genéricas do art. 61, inciso II, do CP. No caso, as instâncias ordinárias utilizaram apenas uma das qualificadoras como agravante,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevando a reprimenda em 1/6 nesta etapa, fração que mantenho, para fixar a pena no patamar de 16 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Por fim, na terceira fase, não remanescem causas de aumento ou diminuição de pena que não tenham sido consideradas em outras etapas, de modo que se fixa a pena definitiva para ambos os pacientes em 16 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, porque substitutivo de recurso, mas de conceder a ordem, de ofício, para, redimensionando as penas dos pacientes, fixá-las no patamar de 16 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado, mantidos os demais parâmetros adotados na origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0001447-3

HC 346.595 / AL
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001090228864 00729676320108020001 1090228864 729676320108020001

EM MESA

JULGADO: 22/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PACIENTE	: CARLOS EDUARDO SOUZA (PRESO)
PACIENTE	: WANDERLEI DO NASCIMENTO FERREIRA (PRESO)
CORRÉU	: CICERO RAFAEL DE FRANÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.