



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.814 - RS (2015/0055895-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CHARLES LUIZ PAIM
ADVOGADO : CHARLES LUIZ PAIM - RS063562
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEONEL DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARÂMETRO DE AUMENTO DE 1/8. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. PENA-BASE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MAIS FAVORÁVEIS. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL OU AGRAVANTES. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA À REGRA *NE BIS IN IDEM*. AGRAVANTE. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). Precedentes.

3. A valoração da culpabilidade por ocasião da dosimetria da pena-base (CP, art. 59) é afinada com a individualização da pena, representando o grau de censura pessoal do réu na prática da conduta, ou seja, trata-se da mensuração de reprovabilidade. No caso, o fato de o réu ter efetuado vários disparos para alcançar o óbito da vítima revela a intensidade de seu dolo e a maior reprovabilidade da conduta.

4. Quanto à conduta social do paciente, as instâncias ordinárias, com base na persuasão racional acerca dos elementos de prova dos autos, concluíram que o réu é pessoa violenta e fez ameaças à família da vítima, causando medo à comunidade. Trata-se de fundamentação suficiente para justificar aumento da pena-base. Ademais, alterar a conclusão supra implicaria inevitavelmente revolvimento fático-probatório, inviável nesta via sumária do *habeas corpus*.

5. De acordo com os elementos constantes nos autos, a vítima da tentativa de homicídio ficou com sequelas permanentes, o que é idôneo a justificar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incremento da pena-base. Os ferimentos ou sequelas não são inerentes à figura tentada do homicídio, até porque é possível haver tentativa branca ou inculpa. Portanto, no caso em tela, o aumento da pena-base, sob o título de consequência do crime, é corolário do princípio da individualização da pena.

6. Há, portanto, três circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado 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 qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixá-la em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus.

7. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

8. No caso, o Conselho de Sentença reconheceu a incidência de duas qualificadoras no crime de homicídio, utilizando-se o Juiz Presidente do motivo torpe para qualificar o crime de homicídio e a circunstância de ter utilizado o recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido como agravante. Não há falar, pois, em *bis in idem*, porquanto não se verificou dupla valoração de uma mesma qualificadora em diferentes fases de dosimetria da pena.

9. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

10. Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base. Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

11. *In casu*, incide apenas a agravante genérica decorrente da qualificadora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remanescente. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) sobre o intervalo da pena *in abstracto* do crime de homicídio qualificado (18 anos), porquanto superior à pena-base fixada, haveria acréscimo de 3 (três) anos, que somada à pena-base, culminaria na pena de pena intermediária de 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Entrementes, mais uma vez, as instâncias ordinárias foram benevolentes, ao fixar a pena intermediária em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que deve ser mantida, como corolário da regra *non reformatio in pejus*.

12. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.814 - RS (2015/0055895-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : CHARLES LUIZ PAIM

ADVOGADO : CHARLES LUIZ PAIM

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : LEONEL DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **LEONEL DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, incs. I e IV, c/c o art. 14, inc. II, na forma do art. 29, todos do Código Penal.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação do Ministério Público e deu parcial provimento àquela interposta pelo réu, para reduzir a pena a 9 (nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão, nos seguintes termos:

"APELAÇÃO-CRIME. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÕES MINISTERIAL E DEFENSIVA INTERPOSTAS E CONHECIDAS NOS TERMOS DO ART. 593, INCISO III, TODAS AS ALÍNEAS, DO CPP.

1. ALÍNEA "A". Não há nulidades a serem declaradas, a) Da nulidade pela falta dos fundamentos das alegações das partes na ata da sessão, ausência, na ata de sessão de julgamento, dos fundamentos das alegações sustentadas pelas partes em debates orais. A obrigatoriedade de constar, em ata, os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos, não engloba as provas, como sustenta a acusação, mas somente as teses alegadas, o que ficou devidamente registrado, na ata de julgamento. Além disso, o apelante sequer apontou a existência de eventual prejuízo à acusação decorrente da alegada falha no conteúdo consignado na ata de julgamento. Assim sendo, não há nulidade a ser declarada, ante a ausência de prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula 523 do STF. b) Da nulidade em razão do testemunho pessoal da advogada do réu Lucas - apresentação de prova inédita em plenário. Consta da ata: "Durante a fala da defesa, pediu a Dra. Promotora de Justiça que registrasse ter a dra. AMCVr referido que 'os familiares da vítima tiraram xerox do processo e que a irmã de Lucas leu o processo, o que não consta dos autos, caracterizando depoimento pessoal de advogada. Conduto, além de não constar em que contexto foi feita tal afirmação, não há demonstração de que ela constituiu prova inédita relacionada ao fato denunciado, c) Inovação trazida pela Lei nº 11.719/08. Solenidade realizada sem a presença do réu revel, pessoalmente citado. Alegação de inaplicabilidade a delitos que antecedem a sua vigência. A regra do art. 457 do CPP, com redação dada pela lei 11.719/08. Norma processual que incide sobre os feitos em andamento, independentemente da data do cometimento do ilícito penal.

2. ALÍNEA "B". Sentença da Juíza-Presidente em consonância com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão dos Jurados.

3. ALÍNEA "D". Decisão que não se mostra contrária à prova dos autos. Sabe-se que a decisão do Tribunal do Júri só pode ser anulada quando arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, o que não ocorreu no presente caso.

4. ALÍNEA "C". Valoração negativa de processos em andamento. Vedação. Súmula 444 do STJ. Indenização prevista no art. 387, IV, do CPP. Imperativo o afastamento da condenação ao pagamento de indenização não pleiteada e não discutida no processo, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Precedentes (AgRg no AREsp 352.104/RJ)" (e-STJ, fls. 30/31).

No presente *writ*, sustenta o impetrante, em síntese, que o princípio da individualização da pena foi afrontado pelas instâncias de origem, pois houve uma padronização da dosimetria penal, dirigida a dois condenados distintos. Argumenta, também, que as circunstâncias judiciais inscritas no artigo 59 do Código Penal restaram desvaloradas sem a devida fundamentação concreta.

Aduz, ainda, que o aumento da pena em 02 (dois) anos para cada agravante mostrou-se desproporcional, sendo que o magistrado sentenciante valeu-se de uma circunstância legal (art. 61, II, "c", do CP) já contida na qualificadora do crime, o que caracteriza indevido *bis in idem*.

Postula, assim, a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena imposta ao mínimo legal.

Requerimento de tutela provisória indeferida (e-STJ, fls. 70-74).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 66-77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.814 - RS (2015/0055895-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : CHARLES LUIZ PAIM

ADVOGADO : CHARLES LUIZ PAIM

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : LEONEL DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARÂMETRO DE AUMENTO DE 1/8. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. PENA-BASE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS MAIS FAVORÁVEIS. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL OU AGRAVANTES. POSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA À REGRA *NE BIS IN IDEM*. AGRAVANTE. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). Precedentes.

3. A valoração da culpabilidade por ocasião da dosimetria da pena-base (CP, art. 59) é afinada com a individualização da pena, representando o grau de censura pessoal do réu na prática da conduta, ou seja, trata-se da mensuração de reprovabilidade. No caso, o fato de o réu ter efetuado vários disparos para alcançar o óbito da vítima revela a intensidade de seu dolo e a maior reprovabilidade da conduta.

4. Quanto à conduta social do paciente, as instâncias ordinárias, com base na persuasão racional acerca dos elementos de prova dos autos, concluíram que o réu é pessoa violenta e fez ameaças à família da vítima, causando medo à comunidade. Trata-se de fundamentação suficiente para justificar aumento da pena-base. Ademais, alterar a conclusão supra implicaria inevitavelmente revolvimento fático-probatório, inviável nesta via sumária do *habeas corpus*.

5. De acordo com os elementos constantes nos autos, a vítima da tentativa de homicídio ficou com sequelas permanentes, o que é idôneo a justificar o incremento da pena-base. Os ferimentos ou sequelas não são inerentes à figura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tentada do homicídio, até porque é possível haver tentativa branca ou incruenta. Portanto, no caso em tela, o aumento da pena-base, sob o título de consequência do crime, é corolário do princípio da individualização da pena.

6. Há, portanto, três circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado 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 qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixá-la em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra non reformatio in pejus.

7. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

8. No caso, o Conselho de Sentença reconheceu a incidência de duas qualificadoras no crime de homicídio, utilizando-se o Juiz Presidente do motivo torpe para qualificar o crime de homicídio e a circunstância de ter utilizado o recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido como agravante. Não há falar, pois, em *bis in idem*, porquanto não se verificou dupla valoração de uma mesma qualificadora em diferentes fases de dosimetria da pena.

9. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

10. Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base. Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

11. *In casu*, incide apenas a agravante genérica decorrente da qualificadora remanescente. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sexto) sobre o intervalo da pena *in abstracto* do crime de homicídio qualificado (18 anos), porquanto superior à pena-base fixada, haveria acréscimo de 3 (três) anos, que somada à pena-base, culminaria na pena de pena intermediária de 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Entrementes, mais uma vez, as instâncias ordinárias foram benevolentes, ao fixar a pena intermediária em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que deve ser mantida, como corolário da regra *non reformatio in pejus*.

12. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para apreciar a impugnação da valoração da pena-base, com a pretensão de redução da pena-base ao mínimo legal, e das agravantes aplicadas, faz-se necessário, inicialmente, expor, respectivamente, excertos da sentença condenatória e do acórdão impugnado:

"As circunstâncias judiciais denotam ter ele agido com culpabilidade intensa, retratada na quantidade de disparos efetuados contra a vítima. É primário. Não obstante, responde a outro processo criminal nesta 1ª Vara do Júri, começando a dar indícios de uma personalidade voltada para o crime. A reprovabilidade da conduta social do acusado é alta, eis que há nos autos informações de ser ele pessoa violenta, que fez ameaças à família da vítima e causava medo à comunidade. Os motivos qualificam o delito. As circunstâncias são as descritas na denúncia, sendo que o recurso que dificultou a defesa do ofendido, por ter correspondente no artigo 61, inciso II, alínea c, do Código Penal, será sopesada como circunstância agravante, o que é admitido pelo nosso Tribunal (RJTJRGs 112, p. 82). As consequências são inerentes à espécie delitiva, agravadas por ter a vítima ficado com sequelas permanentes (fl. 121). Não houve contribuição da vítima para o episódio.

Considerando as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em catorze (14) anos de reclusão, ante a qualificadora do crime ter sido cometido por motivo torpe, reconhecida pelo Conselho de Sentença.

Acolhida, também, pelo Conselho de Sentença, a qualificadora do recurso que dificultou a defesa do ofendido, aplico-a como agravante, consoante acima explicitado, razão porque aumento a pena em 2 (dois) anos.

Afasto, todavia, a agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal, eis que abarca a figura principal responsável pelo punível, ou seja, atinge aquela pessoa que idealizou, deu criação e movimentação à empreitada criminosa, coordenando ou dirigindo os demais agentes nela inseridos, cuja participação no crime é elevada dos demais. No caso, porém, não restou demonstrada tal conduta, refutada, inclusive, na votação pelos senhores jurados, que afastaram a participação dos outros acusados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por reconhecer a atenuante da confissão espontânea, diminuo em seis (06) meses a pena.

Não havendo outras causas de aumento ou de diminuição, torno definitiva para o réu Leonel da Silva a pena em DEZ (10) ANOS E QUATRO (04) MESES DE RECLUSÃO, a ser cumprida no REGIME INICIAL FECHADO." (e-STJ, fls. 116-117)

"No presente caso, levando-se em conta os pedidos do Ministério Público para aumento da pena, e da Defesa Pública para redução, após examinar os autos, tenho que assiste razão à Defesa.

Em relação à valoração negativa do vetor personalidade, a partir do Enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base não é mais possível considerar sentença condenatória que ainda não transitou em julgado.

Dessa forma, restam prejudiciais ao acusado, sua culpabilidade, tida como intensa, a conduta social, as consequências do crime e a ausências de contribuição da vítima para o crime, todas devidamente valoradas na sentença *a quo*.

Por tais razões, a pena base é redimensionada para 13 anos e 6 meses de reclusão.

Mantenho o aumento de 2 (dois) anos pela presença da agravante artigo 61, inciso II, alínea "c", do Código Penal, ficando a pena em 15 anos e 6 meses.

Observo que Leonel da Silva era menor de 21 anos à época do delito (fls. 02 e 40), devendo, assim, incidir a atenuante da menoridade, no qual reduz a pena em 06 meses. Mantenho a redução de 06 meses pela confissão espontânea, ficando a pena em 14 anos e 06 meses de reclusão.

Pela tentativa, mantenho o percentual de 1/3, ante o *iter criminis* percorrido, restando a pena definitiva em 09 (nove) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mantido o regime fechado." (e-STJ, fls. 117-118)

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a *"mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei"* (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

A valoração da culpabilidade por ocasião da dosimetria da pena-base (CP, art. 59) é afinada com a individualização da pena, representando o grau de censura pessoal do réu na prática da conduta, ou seja, trata-se da mensuração de reprovabilidade. No caso, o fato de o réu ter efetuado vários disparos para alcançar o óbito da vítima revela a intensidade de seu dolo e a maior reprovabilidade da conduta.

Quanto à conduta social do paciente, as instâncias ordinárias, com base na persuasão racional acerca dos elementos de prova dos autos, concluíram que o réu é pessoa violenta e fez ameaças à família da vítima, causando medo à comunidade. Trata-se de fundamentação suficiente para justificar aumento da pena-base. Ademais, alterar a conclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supra implicaria inevitavelmente revolvimento fático-probatório, inviável nesta via sumária do *habeas corpus*.

De acordo com os elementos constantes nos autos, a vítima da tentativa de homicídio ficou com sequelas permanentes, o que é idôneo a justificar o incremento da pena-base. Perceba-se que os ferimentos ou sequelas não são inerentes à figura tentada do homicídio, até porque é possível haver tentativa branca ou incruenta. Portanto, no caso em tela, o aumento da pena-base, sob o título de consequência do crime, é corolário do princípio da individualização da pena.

Há, portanto, três circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado 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 qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Percebe-se, pois, que a dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias inferiores mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixá-la em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses. Por conseguinte, não se cogita qualquer constrangimento ilegal em desfavor do réu na dosimetria, devendo ser mantida a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, em respeito à regra *non reformatio in pejus*.

Não prospera a pretensão do impetrante de *bis in idem* da circunstância legal do art. 61, II, "c", do Código Penal, por ter sido utilizada para qualificar o crime, bem como da desproporcionalidade do agravamento.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. As circunstâncias e consequências do delito foram graves, valendo anotar que já decidiu esta Corte que presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base (REsp. 1.395.088/RS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJ 2/2/2016).

6. Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são favoráveis.

7. Habeas Corpus não conhecido." (HC 349.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRESENÇA DE QUATRO QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIME E DE OUTRAS TRÊS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Reconhecida a incidência de quatro qualificadoras, relativamente a todas as imputações realizadas em desfavor do paciente, o sentenciante utilizou-se de 3 delas como agravantes genéricas e de apenas uma para qualificar o delito, não havendo, portanto, que se falar em *bis in idem*, uma vez que não se verifica dupla valoração de uma mesma qualificadora em diferentes fases de dosimetria da pena.

2. É incabível o exame de tese não exposta no habeas corpus e invocada apenas no agravo regimental, pois configura indevida inovação recursal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 339.393/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)

No caso, o Conselho de Sentença reconheceu a incidência de duas qualificadoras no crime de homicídio, utilizando-se o Juiz Presidente do motivo torpe para qualificar o crime de homicídio e a circunstância de ter utilizado o recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido como agravante. Não há falar, pois, em *bis in idem*, porquanto não se verificou dupla valoração de uma mesma qualificadora em diferentes fases de dosimetria da pena.

Passa-se à análise da proporcionalidade do critério de agravamento da pena, utilizado pelas instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria da pena.

Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é uma absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DA REINCIDÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. AUMENTO DE PENA SUPERIOR A 1/6 SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/5. EXCESSO EVIDENCIADO. [...]"

4. A jurisprudência desta Corte Superior já firmou o entendimento de que, embora a legislação não estabeleça frações específicas para o aumento ou diminuição em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) deve ser considerada razoável, sendo que o acréscimo superior a esse patamar exige motivação específica.

5. O aumento de pena em face da continuidade delitiva, de 1/6 (um sexto) a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/3 (dois terços), deve ser calculado em função do número de delitos praticados, sendo que, no caso de três infrações, deve ser aplicada a fração de 1/5 (um quinto).

6. Hipótese em que as instâncias ordinárias não fundamentaram o aumento de 1/4 (um quarto) da pena em face da reincidência e elevaram a reprimenda em 1/2 (um meio) em razão das três infrações em continuidade delitiva.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para ajustar o aumento de pena em face da reincidência e da continuidade delitiva e, por conseguinte, redimensionar as reprimendas impostas aos pacientes." (HC 197.680/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 29/09/2015)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS DA UTILIZADA, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. MOTIVOS. CUPIDEZ E LUCRO FÁCIL. RAZÕES INERENTES AOS DELITOS PATRIMONIAIS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO PARCIAL DA RES FURTIVA. DECORRÊNCIA COMUM AOS DELITO DE FURTO. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A valoração negativa dos antecedentes e da personalidade, à míngua de condenações definitivas diversas da utilizada na segunda fase como reincidência configura constrangimento ilegal, nos termos da Súmula 444/STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

4. Não constitui fundamento válido para o aumento da pena-base como motivos do delito a cupidez e o lucro fácil, por se tratarem de circunstâncias que não exorbitam das comuns à espécie (furto), enquanto delito de cunho patrimonial. Precedentes.

5. A recuperação parcial da res furtiva - sem maiores implicações - constitui decorrência comum dos delitos patrimoniais. Precedentes.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6 (um sexto), requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente a 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa" (HC 152.311/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/09/2015)

Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

Nesse sentido entende consagrada doutrina especializada na dosimetria da pena:

"Aparentemente, ao analisarmos sem maiores cuidados, estaríamos concluindo que o patamar ideal imaginário de 1/6 para cada atenuante ou agravante, de forma isolada, deveria sempre incidir sobre a pena-base, pois já existe uma pena em concreto dosada.

No entanto, chamamos atenção porque nem sempre esta será a solução adequada, sob pena de ferirmos o próprio sistema hierárquico da pena, consagrado pela forma trifásica.

[...]

O patamar ideal imaginário de 1/6, usado para atenuante e agravante, isoladamente, deverá sempre incidir sobre o que for maior, intervalo de pena em abstrato ou pena-base.

Com adoção deste critério, resolvemos qualquer problema, senão vejamos na solução da questão debatida anteriormente: o intervalo de pena em abstrato corresponde a 8 anos, a pena-base corresponde a 2 anos, logo, concluimos que o maior é o intervalo de pena, razão pela qual este será usado como parâmetro para a incidência do patamar ideal imaginário de 1/6 na segunda fase. Com isso não mais teremos um acréscimo de apenas 4 meses em decorrência da existência de uma agravante ($1/6$ de 2 anos = 4 meses), mas teremos um acréscimo de 1 ano e 4 meses por força da agravante ($1/6$ de 8 anos = 1 ano e 4 meses), conduzindo a pena na segunda fase ao quantitativo de 3 anos e 4 meses de reclusão, ou seja, patamar superior ao que chegaríamos. À hipótese de valoração do motivo do crime como circunstância judicial desfavorável (3 anos).

O que queremos deixar esclarecido é que se existe uma circunstância judicial desfavorável que será valorada na primeira etapa do processo de dosimetria, a pena-base resultante não poderá ser superior à hipótese de postergarmos esta valoração para a segunda etapa, que é hierarquicamente superior, sob pena de ferirmos o próprio sistema trifásico.

E para conseguirmos neutralizar qualquer possibilidade de erro durante o processo de cálculo da pena, na segunda fase devemos sempre atuar com o patamar ideal imaginário de 1/6 sobre o que for maior, pena-base ou intervalo de pena em abstrato, independente de se tratar de atenuante ou agravante, porque assim como devemos atenuar a pena ao máximo, também devemos agravar a pena no patamar máximo possível, em observância a proporcionalidade necessária durante o processo de dosimetria." (SCHMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 9ª ed. - Salvador: Juspodvm, 2015. pp. 201-203)

A fim de respaldar tal entendimento, trago à baila os recentes julgados desta Quinta Turma:

"[...]

9. Ressalte-se que as agravantes não necessariamente incidirão sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas do que meras circunstâncias judiciais, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

[...]

12. Habeas corpus não conhecido.

(HC 345.398/DF, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016)

"[...] 21. Ressalte-se que as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica

[...]

25. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a fixação da pena intermediária em 3 (três) anos de reclusão e, diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torná-la definitiva, mantendo-se o regime inicial fechado.

(HC 347.799/SP, de minha relatoria, julgado em 19/05/2016, DJe 27/05/2016)

In casu, incide apenas a agravante genérica decorrente da qualificadora remanescente. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) sobre o intervalo da pena *in abstrato* do crime de homicídio qualificado (18 anos), porquanto superior à pena-base fixada, haveria acréscimo de 3 (três) anos, que somada à pena-base, culminaria na pena de pena intermediária de 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Entrementes, mais uma vez, as instâncias ordinárias foram benevolentes, ao fixar a pena intermediária em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que deve ser mantida, como corolário da regra *non reformatio in pejus*.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0055895-4

HC 318.814 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120700541480 01855764720098217000 120700541480 1855764720098217000
70033234899 7096069864

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CHARLES LUIZ PAIM
ADVOGADO	: CHARLES LUIZ PAIM - RS063562
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: LEONEL DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: LUCAS FRANCISCO RAMOS MACHADO
CORRÉU	: PAULO ANTONIO DUTRA SOARES

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."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.