



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.205 - MG (2012/0061185-2)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/PR)  
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA LAURITA VAZ  
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO  
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S)  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : ANTÔNIO JOÃO RODRIGUES DA CUNHA

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. PLEITO DE REDUÇÃO DO QUANTUM DE PENA PELA TENTATIVA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL. MAJORAÇÃO COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PERSONALIDADE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA AFERIÇÃO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não tendo sido o pleito de redução do *quantum* da pena pela tentativa analisado pela Corte de origem, é vedada sua apreciação por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, e com base em dados concretos, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

3. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ, na qual se sedimentou o entendimento de que "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

4. A circunstância judicial da personalidade não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

5. Resta suficientemente fundamentada a majoração da pena-base quanto à culpabilidade, antecedentes, motivos e consequências do crime, as quais emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ALBERTO ZACHARIAS TORON (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Brasília (DF), 12 de março de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 237.205 - MG (2012/0061185-2)**

**RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**  
**IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO**  
**ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S)**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**  
**PACIENTE : ANTÔNIO JOÃO RODRIGUES DA CUNHA**

### VOTO-VENCIDO

**O EXMO. SR. MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):** Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de ANTÔNIO JOÃO RODRIGUES DA CUNHA, condenado a 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, sustentando que sofre constrangimento ilegal, decorrente de decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial, para impor o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Alega o impetrante, em síntese, a ilegalidade da exacerbação da pena-base, vez que, além de não apresentar fundamentação adequada ao considerar como desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o magistrado teria utilizado elementos que compõem a estrutura típica da tentativa de homicídio. Aduz, ainda, que o *quantum* redutor referente à tentativa não deveria ter sido fixado no patamar mínimo, pois a vítima foi atingida por apenas um tiro, não chegando a ficar em efetivo risco de morte.

Pugna pela concessão da ordem, a fim de que seja reformado o acórdão impugnado.

Informações recebidas (fls. 84/90 e 94/95).

O Ministério Público Federal, em parecer lavrado pelo em. Subprocurador-Geral da República Dr. Augusto Aras, opinou pela denegação da ordem (fls. 96/103).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 237.205 - MG (2012/0061185-2)**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)  
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO  
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S)  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : ANTÔNIO JOÃO RODRIGUES DA CUNHA

### VOTO

#### **O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (RELATOR):**

De início, é importante destacar que o habeas corpus, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC nº 114.550/AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

*HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.*

*1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.*

*2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.*

*3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.*

*4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes 5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas. 6. Habeas corpus rejeitado.*

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

**HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal, 3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 131970, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28/8/12, DJe 5/9/12)*

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

Com relação ao pleito de redução do *quantum* de pena pela tentativa, constata-se que ele não foi submetido ao Tribunal de origem, o que torna inviável a apreciação do writ nesta Corte de Justiça, sob pena de incidir em indesejável supressão de instância.

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, de maneira uniforme, que a irresignação não submetida à instância *a quo* torna inviável o seu conhecimento em sede de writ impetrado perante a Excelsa Corte, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: TESE NÃO DEBATIDA NA INSTÂNCIA ANTERIOR.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO CRIME DE FURTO: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, CONCEDIDO.*

*1. Se a alegação da eventual incidência do princípio da insignificância não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal delas conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.*

*2. As causas especiais de diminuição (privilégio) são compatíveis com as de aumento (qualificadora) de pena previstas, respectivamente, nos parágrafos 2º e 4º do artigo 155 do Código Penal. Precedentes.*

*3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, concedido.*

*(HC 100307, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10.5.11, DJe-106 DIVULG 2.6.11 PUBLIC 3.6.11 EMENT VOL-02536-01 PP-00119)*

Do mesmo modo, em harmonia com a orientação da Corte Suprema, as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça vêm exarando, em seus julgados, a compreensão de que a tese apresentada pelo impetrante, sem a devida apreciação pela autoridade apontada como coatora, torna incompetente este Sodalício para examiná-la, diante da indevida supressão de instância.

Em conformidade, o seguinte precedente:

*HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). APELAÇÃO CRIMINAL EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. MATÉRIA NÃO LEVADA AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*

*1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que "contra decisões proferidas em recurso de devolução integral da causa - a exemplo do que sucede na apelação -, o cabimento do habeas corpus para a instância superposta independe de que o seu fundamento tenha sido*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*expressamente suscitado ou repelido" (HC 71.818/BA, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 23/4/07), em razão da ampla devolutividade do recurso de apelação.*

*2. Na espécie, tratou-se de apelação exclusivamente ministerial, o que significa que a matéria devolvida à análise da Corte de origem foi aquela levantada pelo Parquet. Evidentemente, não se olvida a possibilidade da Corte a quo, de ofício, conceder habeas corpus em benefício do réu. Todavia, o Impetrante ainda pode ajuizar este mesmo remédio constitucional perante a Corte estadual, que poderá analisar a questão.*

*3. Não há como ser conhecida a impetração, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça (art. 105, II, alínea a, da Constituição Federal) para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.*

*4. Ordem não conhecida.*

*(HC 181.342/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16.6.11, DJe 28.6.11)*

Portanto, diante da competência constitucional deste Sodalício, é impossível a análise dos argumentos ora trazidos, em face, como registrado acima, da não provocação do Tribunal *a quo*.

No que tange à ilegalidade da exacerbação da pena-base, também não merece prosperar a irresignação.

A propósito, disse a sentença (fls. 20/21-STJ):

*A culpabilidade veio revelada pela plena consciência da ilicitude de sua conduta, tratando-se de profissional advogado, que acima da média comum do povo, tem conhecimento das leis e dos direitos do outro, tendo o dever de pautar-se dentro das normas de conduta e de direito. O dolo evidencia-se acentuado, considerando que buscou a vingança em razão de uma decisão judicial que lhe desfavorecia. Evidencia o dolo, ainda, o fato de ter efetuado três disparos, sendo que o segundo ou intermediário não foi deflagrado, conforme perícia. Os antecedentes são péssimos, já que registra duas outras condenações, por porte ilegal de arma de fogo e resistência, conforme certidão de fls. 540, estando em cumprimento de pena em relação à segunda condenação. A conduta social é marcada por passagens*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*policiais, segundo a certidão de fls. 537/539, que demonstra convívio social desregrado, não obstante tratar-se de um profissional do direito, exercendo a Advocacia. A personalidade revela traços de arrogância, sendo inflexível no reconhecer seus erros e curvar-se ao direito dos outros, não havendo demonstração de arrependimento, o que leva a visualizar personalidade intempestiva e inconsequente. Os motivos do crime traduzem-se na insatisfação com decisão judicial que lhe desfavorecia, desaguando sua prepotência e instinto de vingança no profissional que patrocinou a causa contra sua pessoa. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, porquanto não era de se esperar a atitude violenta do réu, colhendo a vítima de surpresa ante a discussão de um direito em litígio, já que o bom senso e o manejo das leis são as armas do bom profissional do direito. Ademais buscou o encontro com a vítima em seu local de trabalho. As consequências foram danosas, eis que geraram perigo de morte para a vítima, levando-a a se afastar das ocupações habituais por longo tempo, restando sequelas.*

O Tribunal de origem, em relação a pena-base, asseverou que *"o ilustre sentenciante foi coerente ao dosá-la e ainda mais, ao aplicar a lei ao caso concreto, analisando aquilo que devia considerar no processo global da fixação da pena, atendendo aos comandos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal."* (fl. 35-STJ)

Destacadas, então, pelo menos seis circunstâncias judiciais desfavoráveis, a reprimenda básica, estabelecida em 9 (nove) anos de reclusão, ficou bem aquém do que poderia ter sido aplicada, pois conforme ensina Cesar Roberto Bitencourt, *"se o conjunto (de circunstâncias judiciais) for desfavorável, pode (a pena) aproximar-se do chamado termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimos e máximo"* (in Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I, Editora Saraiva, 14ª edição, páginas 637-638).

Vejam-se os seguintes precedentes desta Corte:

*HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. QUESTÕES QUE ENSEJAM O REEXAME*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE MATÉRIA DECIDIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E OMISSÃO DE SOCORRO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

(...)

2. A pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

3. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do writ, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

4. Tem-se por inviável o reexame, em habeas corpus, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

5. Ordem não conhecida.

(HC 197.201/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, Dje 29.11.12)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (TRÊS VEZES). DOSIMETRIA DA PENA. LEGALIDADE. PENA-BASE. MAJORAÇÃO COM FUNDAMENTAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO EMPREGADO COM FUNDAMENTO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E NA QUANTIDADE DE CRIMES. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*desfavoráveis, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado.*

*2. Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus. Precedentes.*

*(...)*

*5. Habeas corpus denegado.*

*(HC 174.661/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 27.4.12)*

### E do Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO LIMITE MÍNIMO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LIMITES COGNITIVOS DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.*

*1. A constatação de que parte das circunstâncias judiciais é desfavorável ao condenado respalda a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedente.*

*2. O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR) exige que o Magistrado confira ao delito sanção condizente aos seus contornos objetivos e subjetivos, evitando se dispense a casos diferentes o mesmo tratamento penal.*

*(...)*

*4. O reconhecimento da incorreção da aplicação da pena, quando não se trata de manifesta ilegalidade ou de indiscutível abuso do critério da discricionariedade, reclama percuente exame da prova, atividade incompatível com os limites tímidos e documentais do habeas corpus. Precedente.*

*5. Ordem denegada.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*(HC nº 107.501/GO, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe de 19.5.11)*

Ante o exposto, diante da inexistência de constrangimento ilegal e tendo em vista os argumentos inicialmente expendidos, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 237.205 - MG (2012/0061185-2)**

### **VOTO-VENCEDOR**

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Conforme já ressaltado pelo eminente Ministro Relator, o Paciente foi condenado à pena de 05 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Interpostos recursos de apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial, para alterar o regime imposto para o fechado.

No presente *writ*, sustenta-se ilegalidade na exacerbação da pena-base e no *quantum* do redutor pela tentativa.

No que concerne ao pleito de maior extensão do redutor referente à tentativa, acompanho o eminente Relator, para não conhecer da ordem, tendo em vista que a Corte de origem não analisou a questão ao julgar o acórdão de apelação impugnado, sendo, por isso, vedada sua apreciação por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Quanto à alegada falta de fundamentação idônea para a exarcebação da pena-base, porém, considero que há algumas impropriedades em sua fixação.

O Juízo sentenciante, referendado pelo Tribunal de origem, individualizou a reprimenda do Paciente, nos termos da seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"[...]"

*A culpabilidade veio revelada pela plena consciência da ilicitude de sua conduta, tratando-se de profissional advogado, que acima da média comum do povo, tem conhecimento das leis e dos direitos do outro, tendo o dever de pautar-se dentro das normas de conduta e de direito. O dolo evidencia-se acentuado, considerando que buscou a vingança em razão de uma decisão judicial que lhe desfavorecia. Evidencia o dolo, ainda, o fato de ter efetuado três disparos, sendo que o segundo ou intermediário não foi deflagrado, conforme perícia. Os antecedentes são péssimos, já que registra duas outras condenações, por porte ilegal de arma de fogo e resistência, conforme certidão de fls. 540, estando em cumprimento de pena em relação à segunda condenação. A conduta social é marcada por passagens policiais, segundo a certidão de fls. 537/539, que demonstra convívio social desregrado, não obstante tratar-se de um profissional do direito, exercendo a Advocacia. A personalidade revela traços de arrogância, sendo inflexível no reconhecer seus erros e curvar-se ao direito dos outros, não havendo demonstração de arrependimento, o que leva a visualizar personalidade*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*intempestiva e inconsequente. Os motivos do crime traduzem-se na insatisfação com decisão judicial que lhe desfavorecia, desaguando sua prepotência e instinto de vingança no profissional que patrocinou a causa contra sua pessoa. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, porquanto não era de se esperar a atitude violenta do réu, colhendo a vítima de surpresa ante a discussão de um direito em litígio, já que o bom senso e o manejo das leis são as armas do bom profissional do direito. Ademais buscou o encontro com a vítima em seu local de trabalho. As consequências foram danosas, eis que geraram perigo de morte para a vítima, levando-a a se afastar das ocupações habituais por longo tempo, restando sequelas."* (Fls. 20/21)

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso dos autos, como se vê da transcrição realizada, verifica-se que foram consideradas em demérito do Paciente as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

No que se refere à conduta social, observa-se que o Magistrado sentenciante considerou desfavorável mencionada circunstância judicial tão-somente em razão de o Paciente possuir "*passagens policiais*" (fl. 21).

Ora, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de **maus antecedentes, conduta social negativa** ou **personalidade** voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

*"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES AFASTADOS. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

3. Afastado o óbice referente aos maus antecedentes, devem retornar os autos ao Tribunal de origem a fim de que aprecie o preenchimento dos demais requisitos necessários para a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

4. Ordem de habeas corpus concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena-base do Paciente para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, bem como determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, afastados os maus antecedentes do Acusado, examine o eventual preenchimento dos demais requisitos previstos no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006 para o reconhecimento da minorante em questão." (HC 266.320/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013.)

"HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. APELO PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO ÓBICE APONTADO E INTERVENÇÃO DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do habeas corpus como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. No caso, a defesa, ao invés de buscar os meios recursais cabíveis, previstos na legislação de regência, para atacar os acórdãos proferidos em sede de apelação e embargos de declaração, preferiu a via





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do habeas corpus, circunstância esta que impõe o não conhecimento da impetração.

3. Somente é possível a superação do óbice e a intervenção desta Corte quando verificada a existência de flagrante ilegalidade, situação ocorrente na espécie.

4. No caso, observa-se que das oito circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, quatro foram consideradas desfavoráveis - antecedentes, motivos, circunstâncias e consequências do crime -, possuindo motivação idônea apenas as circunstâncias e consequências do delito.

5. De acordo com a Súmula nº 444 desta Corte Superior, inquéritos em andamento e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser utilizados para exasperar a sanção a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, afastadas as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, mantidos, no mais, os acórdãos combatidos. (HC 234.547/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013.)

Quanto à valoração negativa da personalidade nas instâncias ordinárias, não há dados concretos para sua aferição, o que não é admitido por este Superior Tribunal de Justiça.

Ora, a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura a esse respeito.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MAIOR CULPABILIDADE, PORÉM, CONFIGURADA, EM RAZÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS E QUE NÃO SE AFIGURAM INERENTES AO PRÓPRIO TIPO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. É correto o recrudesimento da pena daquele que é o articulador do crime, o mentor da empreitada criminoso, pelo fato de merecer maior reprovação a sua conduta, como no caso, em que o Paciente "era o líder do grupo, sendo ele quem portava a arma, anunciou o crime de roubo e, efetivamente, proferiu os disparos de arma de fogo contra a vítima" (fl. 31).

3. Entretanto, não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva, para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação à conduta e personalidade do agente.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Elementos ínsitos à própria configuração do delito não podem ser considerados para a exasperação da pena-base.

5. **A aferição da personalidade negativa do agente somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão, o que não ocorreu nos autos.**

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, a fim de redimensionar a pena do Paciente para 23 (vinte e três) anos de reclusão, em regime inicial fechado." (HC 183.600/RJ, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2013; sem grifo no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

**III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).**

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009; sem grifo no original.)

No que diz respeito às circunstâncias do crime, foram consideradas desfavoráveis ao Paciente, "porquanto não era de se esperar a atitude violenta do réu, colhendo a vítima de surpresa ante a discussão de um direito em litígio, já que o bom senso e o manejo das leis são as armas do bom profissional do direito. Ademais buscou o encontro com a vítima em seu local de trabalho" (fl. 21).

Ocorre que o fato de tratar-se o Paciente de profissional do direito já foi



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerado para exasperar a pena-base em razão da circunstância judicial da culpabilidade, não podendo ser novamente valorado. Além disso, o encontro com a vítima em seu local de trabalho, na hipótese, não tem o condão de majorar a pena-base, pois o crime foi motivado por atuação da vítima como profissional que patrocinou causa contra o réu, não havendo excepcionalidade em ter o Paciente a procurado no lugar em que exercia sua profissão.

No mais, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada, tendo o magistrado explicitado as características que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade.

De fato, a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal em razão da elevada culpabilidade, por tratar-se de *"profissional advogado, que acima da média comum do povo, tem conhecimento das leis e dos direitos do outro, tendo o dever de pautar-se dentro das normas de conduta e de direito"* (fl. 20/21).

Com relação aos antecedentes, também há fundamentação adequada, tendo o Magistrado levado em consideração duas condenações, *"por porte ilegal de arma de fogo e resistência, conforme certidão de fls. 540, estando em cumprimento de pena em relação à segunda condenação"* (fl. 21).

Na majoração em razão dos motivos do crime, consta da sentença que o Paciente, cometeu o crime por *"insatisfação com decisão judicial que lhe desfavorecia"* (fl. 21).

Relativamente às consequências do crime, embora a ocorrência de *"perigo de morte"* trate-se de consequência ínsita ao crime de homicídio tentado, não servindo para exasperar a pena-base, no caso, o Magistrado sentenciante prosseguiu, esclarecendo que o fato delituoso levou a vítima *"a se afastar das ocupações habituais por longo tempo, restando sequelas"* (fl.21), não se afigurando tal efeito inerente ao próprio tipo penal.

Desse modo, afastando-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis e guardada a proporcionalidade, **deve ser reduzida a pena-base do Paciente para 08 anos de reclusão.**

Na segunda etapa, fica mantida a redução de 06 meses em razão do reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, passando a pena para **07 anos e 06 meses de reclusão.**

Na terceira e última fase da dosimetria, a pena deve ser reduzida em 1/3, pela tentativa, ficando em **05 anos de reclusão.** Desse modo, a pena definitiva do Paciente fica



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantificada em **05 (cinco) anos de reclusão**.

Mantém-se a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ante o exposto, dirijo, em parte, do Relator e **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos acima explicitados.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0061185-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 237.205 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10702030564158 702030564158

EM MESA

JULGADO: 12/03/2013

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

#### Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO  
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S)  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : ANTÔNIO JOÃO RODRIGUES DA CUNHA

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

### SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ALBERTO ZACHARIAS TORON (P/PACTE) E  
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### 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 maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão."

Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).