



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.013 - MS (2008/0174608-4)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WESLEY DE MORAES BURGOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. ILEGALIDADE MANIFESTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INDEVIDAMENTE VALORADAS. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES. ART. 67 DO CP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

1. A Constituição da República define, no art. 105, incisos I, II e III, o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional.

2. À luz desse preceito, 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 sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

3. No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para reexame da reprimenda imposta.

4. Ora, a existência de recurso próprio para a análise da referida questão obsta o conhecimento do presente *writ*. De ressaltar que, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de refrear constrangimento ilegal, situação ocorrente na hipótese.

5. No caso, observa-se que das oito circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, seis foram consideradas desfavoráveis: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, consequências do crime e comportamento da vítima.

6. Em relação a tais circunstâncias, a única que contém fundamentação idônea é a relacionada às consequências do delito. Nesse particular, destacou as instâncias ordinárias elementos que extrapolam o tipo penal em comento, notadamente o trauma gerado aos passageiros que estavam no veículo (Kombi) da vítima quando ocorreram os disparos da arma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fogo.

7. Em relação à culpabilidade, o Juiz de primeiro grau fez referências vagas e genéricas, desprovidas de motivação concreta, considerando, no ponto, que "o acusado agiu com plena consciência da ilicitude de sua conduta".

8. Quanto ao mais, na linha da iterativa jurisprudência desta Casa, inquéritos em andamento e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser utilizadas para exasperar a sanção a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social, ainda que sob a roupagem de "personalidade voltada ao crime", em respeito ao princípio da presunção de inocência.

9. De outro giro, o simples fato de a vítima não ter contribuído para a prática delitiva não conduz à exasperação da reprimenda. Entendimento contrário ensejaria, no mais das vezes, a fixação da sanção acima do piso legal

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, afastada as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do **habeas corpus**, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 06 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.013 - MS (2008/0174608-4)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES(Relator): Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Wesley de Moraes Burgos, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 17 (dezesete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal.

À apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento para reduzir a pena que lhe foi imposta, fixando-a, definitivamente, em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido, no mais, a sentença condenatória.

O aludido acórdão, que transitou em julgado, apresenta a seguinte ementa (e-fls. 121/128):

APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - AFASTAMENTO - PENA-BASE - EXASPERAÇÃO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - SEGUNDA QUALIFICADORA QUE SE TRANSMUDA EM AGRAVANTE - ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA VERSUS AS AGRAVANTES DE REINCIDÊNCIA E DO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA - COMPENSAÇÃO MÉDIA - REGIME PRISIONAL FECHADO - PARCIAL PROVIMENTO.

Se o juízo monocrático examinou uma a uma as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, externando os motivos do seu convencimento e possibilitando o exercício da ampla defesa, não há falar em nulidade da sentença.

Na fixação da pena-base, a culpabilidade intensa deve exasperá-la quando o juiz invoca o grau de reprovação da conduta como motivo de decidir.

Ações penais em andamento configuram maus antecedentes e denunciam personalidade desajustada, por dizerem respeito ao comportamento do acusado, o qual merece resposta penal mais rígida do que o cidadão que ostenta ficha criminal sem nenhuma ocorrência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em homenagem ao princípio da isonomia e da individualização da pena. Na conduta em que incidem duas ou mais qualificadoras, se o julgador transmuda uma delas em agravante e a analisa isoladamente, procede-se ao decote do aumento daí decorrente, pois se deve sopesá-la com as demais circunstâncias na segunda fase do procedimento trifásico.

Concorrendo a atenuante de menoridade relativa com as agravantes da reincidência e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, a primeira será analisada com as demais, de modo que não pode ensejar grande diminuição na pena, atendida a média das circunstâncias atenuantes e agravantes.

Nos termos do art. 33 do Código Penal, a imposição de reprimenda em quantum acima de 08 (oito) anos deve ser cumprida no regime fechado, mormente quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal pesam em desfavor do acusado.

Apelação Criminal defensiva a que se dá parcial provimento, para reduzir a pena imposta.

Sustenta o impetrante, em síntese, constrangimento ilegal por ter a sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, exasperado a pena-base sem qualquer fundamentação concreta, valendo-se, tão somente, de processos em andamento e de circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal.

Postula, em suma, a redução da pena-base ao mínimo legal, diante da inexistência de quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Indeferida a liminar (e-fl. 132) e prestadas as informações, o Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem, em parecer sintetizado nos seguintes termos (e-fls. 147/153):

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES NA DOSAGEM DA PENA IMPOSTA AO PACIENTE.

A sentença está suficientemente fundamentada para fixar a pena acima do mínimo legal, pois considerou o fato de não ter o paciente vida pregressa irrepreensível, dado que registra sentença condenatória transitada em julgado; a conduta social marcada por envolvimento com porte de arma e uso de entorpecentes, tendo personalidade voltada para o cometimento de crimes, além de não ter a vítima concorrido para o evento.

Se as circunstâncias judiciais são, em sua maioria, desfavoráveis, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação da pena em 16 (dezesseis) anos, quando o mínimo cominado é 12 (doze), não se mostra exorbitante.

Na segunda fase, o Tribunal considerou a preponderância da menoridade em relação à futilidade do motivo e à reincidência, tanto que a pena desceu para 15 anos e 06 meses de reclusão.

O v. acórdão não merece censura, porquanto devidamente fundamentada a fixação da pena.

Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.013 - MS (2008/0174608-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES(Relator): A Constituição da República define, no art. 105, incisos I, II e III, o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional.

À luz desse preceito, 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 sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

Com efeito, mister se faz restabelecer a verdadeira função do *habeas corpus*, destinado a preservar o exercício do direito de locomoção, afetado, ou na iminência de o ser, por ilegalidade ou abuso de poder, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus* para reexame da reprimenda imposta.

Ora, a existência de recurso próprio para a análise da referida questão obsta o conhecimento do presente *writ*, sob pena de se frustrar sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

Contudo, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de refrear constrangimento ilegal, situação ocorrente na hipótese.

Por oportuno, confira-se a dosimetria da pena aplicada na sentença:

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, passo a dosar a pena:
a) **culpabilidade** - para o efeito de cálculo do montante da pena, é a medida, o grau da reprovabilidade da conduta do agente - o acusado agiu com plena consciência da ilicitude de sua conduta. Era exigível agir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de outra forma, o que leva a pressupor a culpabilidade intensa;

b) **antecedentes** - o acusado registra dois antecedentes em seu desfavor. A condenação com trânsito em julgado antes desse delito será levada em consideração para a reincidente e o outro processo como maus antecedentes;

c) **conduta social** - é a interação do acusado com o meio em que vive (sociedade, ambiente de trabalho, família, vizinhos). Têm-se notícias nos autos do envolvimento do acusado com porte de arma de fogo e que o mesmo é usuário de entorpecentes, e, portanto, não se pode dizer que tenha ele um bom comportamento social;

d) **personalidade do agente** - é a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, favorecendo o agente quando se verifica que o fato foi um acontecimento isolado em sua vida, e o prejudicando quanto tal não ocorre. Constatam dos autos elementos objetivos que permitem determinar a adequação da personalidade do acusado ao fato praticado, ou seja, possui personalidade voltada à prática de crimes.

e) **motivos do crime e as circunstâncias do delito** - já são objetivos das qualificadoras, razão pela qual não serão levados em consideração nesta fase;

f) **consequências** - excluídos os elementos constitutivos do tipo, é o que o fato representou para a vítima ou seus familiares e para a sociedade. O fato deixou, por óbvio, consequências drásticas à família da vítima, o que pesa em desfavor do acusado;

9) **comportamento da vítima** - é o exame do fato de acordo com a conduta da vítima; se restar inerte ou tentar evitar o fato, a circunstância influi na pena-base aumentado-a; se induzir à prática do crime, diminui. No caso concreto, verifico que a vítima restou inerte, não colaborando para o fato.

Desse modo, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, quer sejam, 16 (dezesseis) anos de reclusão, já incluída a qualificadora do motivo fútil. Porque reconhecida pelo Conselho de Sentença a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, acresço à pena em 02 (dois) anos. A vista do aceite da atenuante da menoridade relativa e da agravante da reincidência, sendo pacífico na jurisprudência a preponderância da referida atenuante sobre qualquer outra circunstância, diminuo a pena em 04 (quatro) meses. Devendo ficar condenado de forma definitiva a uma pena de 17 (dezessete) anos e 08 (oito) meses de reclusão. O regime de cumprimento será o inicialmente fechado, em obediência ao disposto no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, bem como por ser o acusado reincidente. (grifei)

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento à apelação do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assim se manifestou, no que interessa (e-fls. 121/128):

A aplicação da pena-base acima do mínimo foi devidamente justificada pelo juízo singelo.

(...)

*Conquanto o juiz tenha citado os desdobramentos da **culpabilidade** em seu sentido estrito, utilizado no conceito tripartido de crime (fato típico, antijurídico e culpável), levou em conta a censurabilidade da conduta do réu, que é a correta acepção contida no art. 59 do Código Penal, não havendo falar em afastamento dessa circunstância judicial.*

*No que tange aos **antecedentes**, o magistrado singelo entendeu que "o acusado registra dois antecedentes em seu desfavor. A condenação com trânsito em julgado antes desse delito será levada em consideração para a reincidência e o outro processo como maus antecedentes".*

Acerca do assunto, entendo que a existência de ação penal em andamento e a aplicação de medida socioeducativa na juventude configuram maus antecedentes, sim, sob pena de violação do princípio da isonomia, já que o Estado não pode equiparar um indivíduo que jamais se envolveu em episódios criminais, com aquele que não possui ocorrências em sua folha de antecedentes.

In casu, o apelante, além do processo originário, coleciona aproximadamente 04 (quatro) ações penais pelo cometimento de tentativa de furto, dano e delitos relativos à arma de fogo (fis. 344/345), devendo receber uma resposta penal mais rígida.

Sobre o assunto, colhe-se da jurisprudência dessa Corte:

"A pena-base acima do mínimo é medida que se impõe quando extrai dos autos incidência de circunstância judicial, dentre as quais os antecedentes, nos quais são levados em conta a vida anteacta do indivíduo, averiguáveis pela folha de antecedentes, hipótese de inquérito e processos em andamento. "

*Já a **personalidade** foi avaliada da seguinte maneira: "constam nos autos elementos objetivos que permitem determinar a adequação da personalidade do acusado ao fato praticado, ou seja, possui personalidade voltada à prática de crimes."*

Com efeito, extrai-se do caderno processual que o apelante é usuário de drogas, não possui limites e tem dificuldades em obedecer às regras de convivência. Até a sua genitora declarou que "sempre teve atrito com o filho (...)" e sempre registrava contra o filho, mas logo se arrependia" (fl. 327).

É óbvio que a avaliação global dessas informações negativas, contrastada com os antecedentes criminais (fis. 344/345), indica personalidade voltada para o crime, sendo certo que tais dados não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem passar despercebidas quando da fixação da reprimenda, em vista do princípio constitucional que garante a individualização da pena. Concernente às **consequências** da infração penal, estas realmente exorbitam os parâmetros normais e devem pesar em desfavor do réu, pois, além de atingirem a família da vítima, atemorizou as pessoas que estavam no veículo desta quando ocorreram os disparos.

Assim, a aplicação da pena-base no montante de 16 (dezesseis) anos - 04 (quatro) anos acima do mínimo legal - mostra-se razoável, até porque o crime é duplamente qualificado.

Quanto ao apreço das atenuantes e das agravantes (...). Percebe-se, pois, que o motivo fútil serviu para qualificar o crime e o recurso que impossibilitou a defesa da vítima como circunstância agravante, operação plenamente viável, consoante a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes."

Porém, além da majorante referente ao arrebatamento da vítima, ainda concorrem nessa fase de aplicação da pena a agravante da reincidência e atenuante da menoridade relativa, que é tradicionalmente preponderante sobre todas as demais.

Em casos tais, o art 67 do Código Penal determina que "no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

Destarte, o gravame do recurso que impossibilitou a defesa da vítima não poderia ser aplicado de forma isolada e influenciar na reprimenda de modo mais intenso que a atenuante prevalente, razão pela qual decoto o aumento decorrente, subtraindo da pena o quantum de 02 (dois) anos.

(...)

Por outro lado, em relação à diminuição advinda da menoridade relativa não vislumbro nenhuma ilegalidade.

Com efeito, não é possível que a tal minorante reine absoluta quando concorre com 02 (duas) agravantes, dentre elas a reincidência, a qual também é tida por preponderante.

Nesse passo, a redução de 04 (quatro) meses operada no segundo momento do sistema trifásico merece redução pouca coisa maior do que a já aplicada, no quantum tradicionalmente havido como "médio" - qual seja, 06 (seis) meses no total, ou in casu, aumentando a aplicação já reconhecida em 02 (dois) meses, além dos 04 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses já subtraídos;

Quanto ao protesto, quanto ao regime prisional, este não tem como ser acolhido e o motivo é simples: as regras previstas no art. 33 do Código Penal.

Primeiro, porque não atende ao requisito objetivo, já que a condenação imposta ao apelante é superior a 08 (oito) anos. Sendo assim deverá iniciar o cumprimento da pena no regime inicial fechado (art. 33, § 20, a). Ademais, as circunstâncias judiciais, também importantes na definição do regime prisional (art. 33, § 30, do Código Penal), pesam em franco desfavor do apelante.

Tudo considerado, a pena-base permanecerá no patamar de 16 (dezesseis) anos.

Em obediência ao art. 67 do Código Penal, subtrai-se o aumento decorrente da agravante do recurso que impossibilitou a defesa da vítima - 02 (dois) anos - pois deve ser analisada em conjunto com as demais circunstâncias nessa segunda fase e não isoladamente.

Concorrendo as agravantes da reincidência e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima com a atenuante da menoridade relativa, chamada "super preponderante", a reprimenda é obrigatoriamente reduzida, afigurando-se razoável a diminuição de 06 (seis) meses.

Assim, fixa-se a pena final em 15 (quinze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

No caso, observa-se que das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, seis foram consideradas desfavoráveis: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, consequências do crime e comportamento da vítima.

Em relação a tais circunstâncias, a única que me pareceu conter fundamentação idônea é a relacionada às consequências do delito. Nesse particular, destacou as instâncias ordinárias elementos que extrapolam o tipo penal em comento, notadamente o trauma gerado aos passageiros que estavam no veículo (Kombi) da vítima quando ocorreram os disparos da arma de fogo.

Ao avaliar a culpabilidade, tendo-a por negativa, o Juiz de primeiro grau fez referências vagas e genéricas, desprovidas de motivação concreta, considerando, no ponto, que "o acusado agiu com plena consciência da ilicitude de sua conduta".

De ressaltar que, conforme jurisprudência desta Corte, "argumentos inerentes à culpabilidade em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em sua concepção tripartida - não autorizam a exasperação da pena-base, a pretexto de culpabilidade desfavorável." (HC 186073/DF, Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 12/09/2012)

Também não se sustentam os fundamentos relativos aos antecedentes criminais, à conduta social e à personalidade do agente.

Com efeito, na linha da iterativa jurisprudência desta Casa, 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, ainda que sob a roupagem de "personalidade voltada ao crime", em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Vejam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. APLICAÇÃO RETROATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DO CP.

1. A existência de processos em andamento não se mostra adequada à caracterização de maus antecedentes, tampouco para a valoração da personalidade e conduta social do agente. (...) (HC 94.744/MG, Relator p/ o Acórdão Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 3/8/2009)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. PERSONALIDADE VOLTADA PARA PRÁTICA CRIMINOSA. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA OPERADA POR ESTA CORTE. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes). Da mesma forma, não podem ser tomados como elementos negativos da personalidade do agente (Precedentes). (...) (REsp 930.376/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 3/8/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal entendimento já se encontra sumulado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 444/STJ).

Ademais, "a prática pelo réu de ato infracional pretérito não pode ensejar a exasperação de sua pena-base, por não se enquadrar em qualquer das circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 do CP." (HC 208686/SP, Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira - Desembargadora Convocada do TJ/PE -, DJe 28/09/2012)

De outro giro, o simples fato de a vítima não ter contribuído para a prática delitiva não conduz à exasperação da reprimenda. Entendimento contrário ensinaria, no mais das vezes, a fixação da sanção acima do piso legal.

A propósito, veja-se.

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALUSÕES GENÉRICAS. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Hipótese em que o magistrado singular, para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ressaltou a culpabilidade intensa, "pela reprovabilidade da conduta", os péssimos antecedentes, a conduta social "voltada à delinquência" e a personalidade "desajustada e segregadora". Aludiu, ainda, aos "motivos egoísticos do crime, que causam transtornos e desequilíbrio à comunidade" e ao comportamento da vítima, que em nada contribuiu para o delito.

*2. Os motivos invocados, em sua maioria, revelam-se genéricos e atinentes ao próprio tipo penal, pois se afirmou ser reprovável a conduta do paciente sem explicar em que medida isso tornaria maior o grau de culpabilidade. Além disso, a "motivação egoística" é inerente a todo delito contra o patrimônio **e o comportamento da vítima, que em nada contribuiu para o crime, não pode ser valorado em prejuízo do acusado.***

3. Em observância ao art. 59 do Código Penal, e considerando a existência de apenas três circunstâncias judiciais desfavoráveis, é de rigor a redução da pena-base, embora para patamar superior ao mínimo legal. (HC 82.348/MS, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21.6.2010)

CRIMINAL. HC. (...). DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. ASPECTOS INDEVIDAMENTE SOPEADOS. EXCESSOS CONFIGURADOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

VI. Se das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, foram desfavoravelmente sopesadas seis delas para o latrocínio, quais sejam, a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do réu, as circunstâncias do crime, o comportamento das vítimas e as consequências do delito, e duas para a quadrilha, a conduta social do acusado e a gravidade dos delitos não está correta a aplicação da pena no seu patamar máximo.

VII. Não se justifica a fixação da pena-base em 30 anos de reclusão para o latrocínio, e em 03 anos de reclusão para a quadrilha, evidenciando-se, portanto, excessivo rigor e insuficiente fundamentação para a exacerbação procedida em 1º grau.

VIII. **O fato de a vítima não ter contribuído em nada para a prática delitiva não pode ser sopesado para majorar a reprimenda do réu, pois sua consideração resultaria na fixação da pena-base em quase todos os casos acima do mínimo legal, uma vez que dificilmente a vítima contribui para a conduta delitiva e, caso isso ocorra, deverá ser utilizado para amenizar a reprimenda do agente.** (HC 66.339/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 25.6.2007)

Por fim, consoante jurisprudência desta Corte de Justiça, havendo mais de uma qualificadora, nada impede que uma delas sirva para caracterizar o tipo especial, enquanto as demais sejam utilizadas na primeira (circunstância judicial desfavorável) ou segunda etapas (agravante genérica) do critério trifásico.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA QUALIFICADORA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA.

(...) 1. Havendo circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis com fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal.

2. No homicídio, a existência de qualificadoras leva à existência de delito autônomo, razão pela qual são sopesadas logo na primeira etapa da dosimetria, podendo a pena-base ser fixada, conforme a fundamentação expendida, em qualquer parâmetro entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominadas.

3. A Quinta Turma deste Tribunal já se manifestou no sentido de que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. (HC 173.727/RJ, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 4.4.2011)

Feitas tais considerações, passo a redimensionar a reprimenda desde já: persistindo como desfavoráveis as consequências do crime, fixo a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão, considerando aqui o motivo fútil como circunstância apta a tornar o homicídio qualificado, assim como fizeram as instâncias ordinárias.

Na segunda fase de fixação da pena, as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, a teor do art. 67 do Código Penal, devem preponderar, respectivamente, sobre as agravantes do recurso que dificultou a defesa da vítima e da reincidência.

Diante disso, conforme fez o Tribunal de origem, reduzo a reprimenda em 6 (seis) meses, tornando-a definitiva em 12 anos e 6 meses de reclusão, à mingua de causas de aumento e diminuição de pena.

Considerando a quantidade de pena aplicada e a reincidência do paciente, há de ser mantido o regime prisional fechado para o início da expiação.

Ante o exposto, meu voto não conhece do *habeas corpus*. **CONCEDO *habeas corpus***, de ofício, para, mantida a condenação do paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnado, a fim de, afastada as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre a paciente, de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0174608-4

HC 113.013 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1050373170 20070320556

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: WESLEY DE MORAES BURGOS
CORRÉU	: BENEDITO ALVES RIBEIRO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.