



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 284.951 - MG (2013/0411489-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**  
**IMPETRANTE** : HOMERO JUNGER MAFRA  
**IMPETRANTE** : RIVELINO AMARAL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PACIENTE** : ISMAEL KELLER LOTH (PRESO)

### EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE FORMA EQUIVOCADA. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, ELEMENTO SUBJETIVO E ASPECTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE 3. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU. 4. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, H, DO CÓDIGO PENAL. CONDIÇÃO ESPECIAL DA VÍTIMA – CRIANÇA E IDOSA. QUALIDADE QUE NÃO INGRESSOU NA ESFERA DE CONHECIMENTO DO ACUSADO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. NÃO ADMISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 5. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. FRAÇÃO DE AUMENTO. QUANTIDADE DE CRIMES. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O *mandamus* não é a via adequada para exame da dosimetria, devendo-se apenas aferir eventual existência de evidente ilegalidade, o que se verifica quando considerada maior a culpabilidade, com base em elementos do conceito analítico do crime. Ademais, os motivos não podem equivaler ao próprio elemento subjetivo do delito, consistente no dolo eventual, nem as consequências se confundem com o resultado da infração, no caso, a morte, além de ser inidônea a valoração das circunstâncias com base na quantidade de vítimas, pois sopesada na aplicação da fração relativa ao concurso formal. Precedentes.

4. O comportamento da vítima apenas deve ser utilizado em benefício do réu, devendo tal circunstância ser neutralizada no caso de não interferência do ofendido na prática do crime.

5. Não se vislumbra ter sido possível ingressar na esfera de conhecimento do réu a existência de vítima idosa ou de crianças dentro do veículo. Assim, a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, expressou verdadeira responsabilidade penal objetiva.

6. Reconhecido o concurso formal de crimes, a fração de aumento deve variar de acordo com a quantidade de resultados. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base, decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, e diminuir a fração de aumento do concurso formal para 1/3 (um terço), totalizando a pena em 8 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, mantidos os demais termos da sentença.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 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 unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de abril de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.951 - MG (2013/0411489-8)

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Ismael Keller Loth, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Depreende-se dos autos que reconheceu "o Conselho de Sentença que o acusado praticou cinco delitos de homicídio simples, com a agravante de um deles ter sido praticado contra pessoa idosa, em relação à vítima Izabel Soares Benedito, bem como reconheceu dois crimes praticados contra crianças, em relação às vítimas [...], amoldando-se suas condutas, portanto, nos tipos penais previstos no art. 121, **caput**, c/c os artigos 29 e 70, todos do Código Penal, com registro da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea h" (fl. 27).

A reprimenda foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, declarando-se, ainda, como efeito da condenação, a inabilitação do sentenciado para dirigir veículos automotores, nos termos disciplinados no art. 92, inciso III, do Código Penal.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa.

No entanto, a Primeira Câmara Criminal, em sessão de julgamento realizada aos 27 de janeiro de 2009, negou provimento ao recurso de apelação.

Recebeu o acórdão a seguinte ementa (fls. 37/51):

JÚRI - HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTIVO - PRELIMINARES - ARGUIÇÃO DE NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRONÚNCIA E LIBELO-CRIME ACUSATÓRIO - FUNDAMENTAÇÃO PRÓPRIA - DECISÃO VALIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - MENÇÃO AO CONCURSO FORMAL - AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO DO TIPO DE DOLO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRECLUSÃO - REJEIÇÃO - CASSAÇÃO DO VEREDICTO - IMPOSSIBILIDADE - VERSÃO EXISTENTE NOS AUTOS - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 28 DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMG - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, REJEITADAS AS PRELIMINARES.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que, julgados e condenados pelo Tribunal do Júri, o paciente e o corréu Ademar Pessoa Cardoso "foram condenados em sentenças que trazem a mesma e exata fundamentação, no que diz respeito à dosimetria da pena - dosimetria que merece ser reduzida, como decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao conceder **habeas corpus** de ofício em favor de Ademar Pessoa Cardoso" (fl. 2).

Diante disso, pede, em tema liminar, possa o paciente aguardar em regime semiaberto o julgamento definitivo do presente *mandamus*.

No mérito, busca a concessão da ordem para reduzir a pena-base, decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, diminuir a fração de aumento pelo concurso formal para 1/3 (um terço), modificando-se, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 82/83).

Dispensadas as informações, foram os autos com vista ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 90/94).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.951 - MG (2013/0411489-8)

### VOTO

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Para melhor exame do tema, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelas instâncias ordinárias.

Colhe-se da sentença (fls. 26/35):

a) Crime praticado contra a vítima Julio César Ferreira Viana:

Analisando as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, tenho que:

1. O réu era imputável ao tempo do crime, tinha potencial conhecimento da ilicitude de seu ato e, portanto, lhe era exigido um atuar em conformidade com o direito. Agiu com dolo eventual, indiferente, portanto, ao extremo risco que impunha a ele próprio e a qualquer pessoa que eventualmente se envolvesse numa colisão com o seu veículo, haja vista que dirigia em alta velocidade, estimulando que também outro veículo, conduzido pelo co-réu, também assim o fizesse, em horário diurno e numa estrada estreita, razões pelas quais tal circunstância será tida em seu desfavor.

2. O réu não possui antecedentes criminais, porque nunca teve contra si nenhuma sentença condenatória, razão porque a presente circunstância será tida a seu favor.

3. Nada há nos autos que desabone o réu quanto à sua conduta social ou personalidade, razão porque estas circunstâncias serão tidas em seu favor.

4. No que tange aos motivos do crime, esta circunstância há de pesar contra o réu, uma vez que agiu movido pela vaidade de demonstrar a sua capacidade como motorista e a potência de seu automóvel, em detrimento da segurança e da vida de terceiros.

5. As circunstâncias do crime desfavorecem o réu porque o delito ocorreu numa rodovia de significativo movimento, tendo atingido, de maneira fatal 5 (cinco) pessoas, quando poderia ter até mesmo atingido outras.

6. As conseqüências do delito foram trágicas, por ter resultado na morte de um homem jovem, saudável, com filhos pequenos, com a vida abreviada de maneira abrupta e extremamente dolorosa para os seus familiares e amigos. A circunstância em comento será considerada em desfavor do réu.

7. O comportamento da vítima não colaborou em nada para a ocorrência do delito, não havendo esta circunstância de beneficiar o réu.

Analisadas as circunstâncias judiciais e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão. Uma vez que foi reconhecida pelo Conselho de Sentença a existência de atenuante específica, prevista no artigo 65 do Código Penal, reduzo a pena em seis meses, para totaliza-la em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Deverá ter aplicação da causa de aumento correspondente ao concurso de crimes, a qual, contudo, somente haverá de ser considerada ao final da dosimetria dos cinco crimes pelos quais o réu foi condenado.

Inexistem outras causas de aumento a serem consideradas,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consolidando-se a pena para este crime em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

b) Crime praticado contra a vítima Adriana Carnáuba Correia de Souza:

Analisando as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, tenho que as circunstâncias judiciais concernentes à culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias são idênticas em relação à vítima anterior.

As conseqüências do delito se alteram por se tratar de vítima diversa, embora sejam da mesma forma trágicas, por ter resultado na morte de uma mulher jovem, saudável, com filhos pequenos, e que teve sua morte abreviada de forma repentina, causando imensa dor aos familiares e amigos. A circunstância em comento será considerada em desfavor do réu.

O comportamento da vítima não colaborou em nada para a ocorrência do delito, não havendo esta circunstância de beneficiar o réu.

Analisadas as circunstâncias judiciais e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão. Uma vez que foi reconhecida pelo Conselho de Sentença a existência de atenuante específica, prevista no artigo 65 do Código Penal, reduzo a pena em seis meses, para totaliza-la em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Deverá ter aplicação da causa de aumento correspondente ao concurso de crimes, a qual, contudo, somente haverá de ser considerada ao final da dosimetria dos cinco crimes pelos quais o réu foi condenado. Inexistem atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou causas de aumento a serem examinadas, pelo que tenho por consolidada para este crime a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

c) Crime praticado contra a vítima Theodora Carnáuba Ferreira Viana:

Analisando as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, tenho que as circunstâncias judiciais concernentes à culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias são idênticas em relação à primeira vítima.

As conseqüências do delito se alteram por se tratar de diversa, embora sejam da mesma forma trágicas, por ter resultado na de uma criança de apenas seis meses de idade, que certamente representava grande alegria para os seus familiares e com uma longa expectativa de vida. A circunstância em comento será considerada em desfavor do réu.

O comportamento da vítima não colaborou em nada para a ocorrência do delito, não havendo esta circunstância de beneficiar o réu.

Analisadas as circunstâncias judiciais e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão. Uma vez que foi reconhecida pelo Conselho de Sentença a existência de atenuante específica, prevista no artigo 65 do Código Penal, reduzo a pena em seis meses, para totaliza-la em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Por conta da agravante reconhecida pelo Conselho de Sentença (crime contra criança), aumento a pena em seis meses, totalizando-a em 08 (oito) anos de reclusão.

Inexistem causas de diminuição ou causas de aumento a serem



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideradas, pelo que tenho por consolidada para este crime a pena antes mencionada.

d) Crime praticado contra a vítima Victória Carnaúba Ferreira Viana: Analisando as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, tenho que as circunstâncias judiciais concernentes à culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias são idênticas em relação à primeira vítima. As conseqüências do delito se alteram por se tratar de vítima diversa, embora sejam da mesma forma trágicas, por ter resultado na morte de uma criança de apenas dois anos de idade, saudável, com toda uma expectativa de vida pela frente. A circunstância em comento será considerada em desfavor do réu.

O comportamento da vítima não colaborou em nada para a ocorrência do delito, não havendo esta circunstância de beneficiar o réu.

Analisadas as circunstâncias judiciais e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão. Uma vez que foi reconhecida pelo Conselho de Sentença a existência de atenuante específica, prevista no artigo 65 do Código Penal, reduzo a pena em seis meses, para totalizá-la em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Por conta da agravante reconhecida pelo Conselho de Sentença (crime contra criança), aumento a pena em seis meses, totalizando-a em 08 (oito) anos de reclusão.

Inexistem causas de diminuição ou causas de aumento a serem consideradas, pelo que tenho por consolidada para este crime a pena antes mencionada.

e) Crime praticado contra a vítima Izabel Soares Benedito:

Analisando as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal, tenho que as circunstâncias judiciais concernentes à culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias são idênticas em relação à primeira vítima.

As conseqüências do delito se alteram por se tratar de vítima diversa, embora sejam da mesma forma trágicas, tendo resultado a morte de uma senhora idosa de maneira inesperada e surpreendente. A circunstância em comento será considerada em desfavor do réu.

O comportamento da vítima não colaborou em nada para a ocorrência do delito, não havendo esta circunstância de beneficiar o réu.

Analisadas as circunstâncias judiciais e considerando que cinco delas são desfavoráveis ao réu, fixo-lhe a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão.

Por conta da atenuante reconhecida pelo Conselho de Sentença, reduzo a pena em seis meses, totalizando-a em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Uma vez que o Conselho de Sentença reconheceu a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal (crime cometido contra pessoa idosa), aumento a pena em 06 (seis) meses, para totalizá-la em 8 (oito) anos de reclusão.

Inexistem outras agravantes, bem como causas de diminuição ou causas de aumento a serem analisadas, pelo que tenho por consolidada para este crime a pena antes mencionada.

Fixadas, pois, as penas para cada um dos delitos pelos quais o réu foi condenado, impõe-me considerar a aplicação da causa de aumento



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no artigo 70, primeira parte, do Código Penal - concurso formal de crimes.

Saliento que o referido dispositivo legal, embora tenha a natureza de causa de aumento, na essência, se mostra benéfico para o réu, por afastar os rigores do cúmulo material de penas.

Assim sendo, tomo a pena mais grave fixada para os delitos (08 anos de reclusão) e aumento-a de metade (04 anos), em razão do número de delitos praticados, totalizando-a em 12 (doze) anos de reclusão, e tornando-a definitiva neste patamar,

Além da pena privativa de liberdade aplicada ao réu, por se tratar de crime doloso praticado mediante a utilização de veículo, tem incidência o disposto no artigo 92, inciso III, do Código Penal, como efeito da condenação, em função do que declaro o réu inabilitado para dirigir veículos automotores.

Tendo em vista os preceitos contidos no artigo 33 e seguintes do Código Penal, fixo o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena imposta ao réu.

De fato, em 26 de fevereiro de 2013, a Quinta Turma desta Corte, analisou o *Habeas Corpus* n. 255.231/MG, impetrado em favor de corréu, oportunidade em que concedeu a ordem de ofício para reduzir a pena-base, decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, e diminuir a fração de aumento relativa ao concurso formal para 1/3 (um terço), modificando a reprimenda para 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mantidos os demais termos da sentença.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. DECISÃO DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. DESCLASSIFICAÇÃO REALIZADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RESTABELECIMENTO PELO STJ. IDONEIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NÃO AFERIDA PELA CORTE **A QUO**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE, AINDA QUE SUPERFICIAL, JÁ REALIZADA POR ESTA CORTE. DUPLO EMPECILHO AO EXAME DO TEMA. 3. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE FORMA EQUIVOCADA. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E ASPECTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. INVIABILIDADE DE VALORAÇÃO NA DOSIMETRIA, SOB PENA DE **BIS IDEM**. 4. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO EM DESFAVOR DO PACIENTE. 5. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "H", DO CP. CONDIÇÃO ESPECIAL DA VÍTIMA - IDOSA. INVIABILIDADE. CONDIÇÃO QUE NÃO INGRESSOU NA ESFERA DE CONHECIMENTO DO PACIENTE. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. NÃO ADMISSÃO NO**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. 6. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. FRAÇÃO DE AUMENTO. QUANTIDADE DE CRIMES. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A PENA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Há duplo empecilho ao exame do alegado excesso de linguagem no presente **writ**, pois o tema não foi em nenhum momento analisado pelo Tribunal de origem, bem como em razão de o Superior Tribunal de Justiça já ter assentado implicitamente a idoneidade do mencionado **decisum**, ao restabelecer a decisão de pronúncia que havia sido reformada pela Corte local, não cabendo, dessarte, nova manifestação sobre o mesmo tópico.

3. Como é cediço, o **mandamus** não é a via adequada para exame da dosimetria, devendo ser analisada apenas para aferir-se eventual existência de patente ilegalidade, o que se verifica quando considerada maior a culpabilidade do paciente, com base em elementos do conceito analítico do crime. Ademais, os motivos não podem equivaler ao próprio elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo eventual, nem as consequências podem se confundir com o resultado do delito, no caso, a morte, além de ser inidônea a valoração das circunstâncias com base na quantidade de vítimas, porquanto já considerado na aplicação do concurso formal.

4. O comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime, não sendo possível, portanto, considerá-la negativamente na dosimetria da pena.

5. Não se vislumbra ter sido possível ingressar na esfera de conhecimento do paciente a existência de vítima idosa dentro do veículo. Assim, a incidência da agravante constante no art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal expressa verdadeira responsabilidade penal objetiva, o que não se admite no ordenamento pátrio.

6. Reconhecido o concurso formal de crimes, a fração de aumento deve variar de acordo com a quantidade de resultados.

7. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, no entanto, de ofício, para reduzir a pena-base, decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, e diminuir a fração de aumento do concurso formal para 1/3 (um terço), totalizando a pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, mantidos os demais termos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sentença.

Imperioso ressaltar, inicialmente, que se valeu o impetrante da presente ação constitucional como verdadeira revisão criminal, para impugnar condenação transitada em julgado, tratando-se, portanto, de nítido desvirtuamento do remédio heroico. No entanto, considerando que os fundamentos da sentença condenatória são idênticos para o paciente e para o corréu, entendo possível superar o mencionado óbice processual, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade.

Tenho rememorado em meus votos ser a aplicação da pena o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei – Código Penal. Mas, embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária fundamentação, à luz do método trifásico.

Da leitura da sentença condenatória, observa-se que, dentre as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, 5 (cinco) delas foram consideradas desfavoráveis, a saber: culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do delito, bem como o comportamento da vítima. Por essas razões, a pena-base foi fixada em 8 (oito) anos de reclusão para cada delito, quando a mínima, no caso, é de 6 (seis) e a máxima é de 12 (doze) anos de reclusão.

Entretanto, constato que as considerações feitas pelo Magistrado para fixar a pena-base acima do mínimo legal mostraram-se impróprias.

De fato, valeu-se o sentenciante de elementos do conceito analítico de crime, bem como de dados insitos ao próprio tipo penal e ao dolo eventual, considerando, ainda, negativas as circunstâncias do delito, em razão da quantidade de vítimas atingidas, o que deve ser sopesado na terceira etapa da dosimetria, quando da aplicação da fração de aumento relativa ao concurso formal, além de ter valorado o comportamento da vítima em desfavor do paciente.

Com efeito, no que concerne à culpabilidade, observo que o Juízo de origem assinalou que "o réu era imputável ao tempo do crime, tinha potencial conhecimento da ilicitude de seu ato e, portanto, lhe era exigido um atuar em conformidade com o direito. Agiu com dolo eventual, indiferente, portanto, ao extremo risco que impunha a ele próprio e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a qualquer pessoa que eventualmente se envolvesse numa colisão com o seu veículo, haja vista que dirigia em alta velocidade, estimulando que também outro veículo, conduzido pelo corréu, também assim o fizesse, em horário diurno e numa estrada estreita, razões pelas quais tal circunstância será tida em seu desfavor" (fl. 28).

Portanto, não se avaliou a maior ou menor reprovabilidade da conduta concretamente praticada, mas sim a existência dos elementos do conceito analítico de crime e os dados que configuraram o dolo eventual, os quais devem ser apreciados, sabemos todos, para fins de se constatar a existência do próprio delito na forma dolosa, e não para fins de aplicação da pena.

Ao ensejo, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

**HABEAS CORPUS.** DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. PREFEITO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES COMPROVADOS. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE E CULPABILIDADE APLICADAS EM DESACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. (...). 5. Por fim, segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, "deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu" (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186). 6. Nesse viés, imperioso afastar-se as circunstâncias judiciais aplicada em desacordo com o entendimento deste Tribunal Superior, reduzindo a pena-base do paciente. 7. (...). 8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base para 2 anos e 6 meses, que acrescida do aumento de 2/3 pela continuidade delitiva (nos termos da sentença - haja vista a prática do delito 29 vezes), resulta definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão. (HC n.º 152.162/SP, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 8/11/2011.)

Considerou-se, ainda, que os motivos do crime deveriam ser sopesados contra o paciente "uma vez que agiu movido pela vaidade de demonstrar a capacidade de seu automóvel, em detrimento da segurança e da vida de terceiros" (fl. 28). No entanto, os mencionados elementos já foram considerados para se caracterizar o elemento subjetivo – dolo eventual – da conduta. Com efeito, a assunção do risco de produzir o resultado morte se caracterizou pelo fato de o paciente estar testando a capacidade de seu veículo em detrimento da segurança dos demais. Portanto, valorar novamente este dado no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo da pena configura indevido *bis in idem*.

As consequências do delito, por sua vez, não obstante terem sido valoradas de forma individualizada para cada vítima, também não podem ser mantidas, pois foi utilizada a própria morte como elemento apto a majorar a pena-base, ora porque se tratava de jovem pai de família ou de jovem mãe de família, ora porque se tratava de crianças ou de pessoa idosa. Porém, sendo o homicídio crime contra a vida, não se vislumbra a possibilidade de aumentar a pena considerando o resultado morte, porquanto inerente ao próprio tipo penal.

A propósito:

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE VOLTADA PARA A CRIMINALIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUITA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. 1. (...). 6. A morte da vítima, ainda que precoce, constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo, por isso mesmo, ensejar o aumento da reprimenda-base. 7. Ordem parcialmente concedida para reduzir apenas em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 13 anos e 6 meses de reclusão. (HC n.º 158.131/TO, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 5/9/2012.)**

As circunstâncias do delito foram igualmente valoradas de forma equivocada, porquanto considerou-se o local do fato, praticado numa rodovia, e a quantidade de vítimas. Ora, os delitos de trânsito, quer ocorridos em rodovias, quer em centros urbanos, carregam a mesma carga negativa, a qual já é ínsita ao tipo penal. Ademais, a quantidade de vítimas, da mesma forma, não é argumento idôneo, porquanto cuida-se de elemento que deve ser sopesado no momento em que se for aplicar a regra do concurso de crimes, representando indevido *bis in idem* a consideração desse dado também na primeira fase da dosimetria da pena.

Por fim, o comportamento da vítima, que "não colaborou em nada para a ocorrência do delito" (fl. 29), não pode ser valorado em desfavor do paciente, pois é o que de ordinário acontece. De fato, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apenas se admite a valoração da mencionada circunstância em benefício do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agente, devendo ser neutralizada na hipótese contrária, ou seja, de não interferência do ofendido no cometimento do crime.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE CO-AUTORIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO REMETIDA. IDENTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ENTRE CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. (...). **8.** No que se refere à circunstância judicial referente ao comportamento da vítima, a simples referência à conduta da vítima não ter influenciado no delito não basta para majorar a reprimenda. 9. (...). (REsp n.º 1.266.758/PE, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 19/12/2011.)

**HABEAS CORPUS.** FURTO NOTURNO. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA BÁSICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. (...). 3. (...). No que tange ao comportamento das vítimas, se elas não provocaram nem facilitaram a prática do ilícito, nada há a valorar. 4. Ordem concedida para redimensionar a pena fixada na origem. (HC n.º 136.426/MG, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 29/8/2011.)

Assim, claro está que a motivação constante na sentença relativamente às circunstâncias judiciais não se apresenta suficientemente idônea para se apenar nos termos em que fez o magistrado – dois anos acima do mínimo legal. Dessarte, deve a pena-base ser reduzida ao mínimo legal, à míngua de elementos aptos a afasta-la deste patamar. Redimensiono, assim, a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão.

Quanto à agravante do art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, incidente sobre as penas aplicadas com relação às vítimas Izabel Soares Benedito, haja vista tratar-se de pessoa idosa, Theodora Carnaúba Ferreira Viana e Victória Carnaúba Viana,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão de serem crianças à época do fato, importante consignar que não se vislumbra ter sido possível ingressar na esfera de conhecimento do paciente a existência de vítima idosa ou de crianças dentro do veículo. Assim, a incidência da mencionada agravante se revela como verdadeira responsabilidade penal objetiva, o que não se admite no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, ainda que referida circunstância tenha sido reconhecida pelo Conselho de Sentença, haja vista, à época, o Código de Processo Penal determinar a submissão das agravantes e atenuantes também ao crivo dos jurados, a soberania dos veredictos não se sobrepõe à existência de nulidade absoluta, consistente na atribuição de responsabilidade penal objetiva ao paciente, razão pela qual deve ser decotada mencionada agravante.

Por fim, no que concerne ao concurso formal, relembro que a norma do art. 70 do Código Penal estabelece a fração mínima de aumento em 1/6 (um sexto) e a máxima em 1/2 (metade), devendo ser escolhido o patamar de aumento de acordo com a quantidade de delitos cometidos.

No caso em desfile, verificando-se a prática de cinco homicídios na direção de veículo automotor, em concurso formal, doutrina e jurisprudência recomendam seja fixada a fração de aumento em 1/3 (um terço). Assim, na minha compreensão, se mostra exacerbada a exasperação da pena em 1/2 (metade), razão pela qual reduzo mencionado percentual para 1/3 (um terço).

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS.** ROUBOS DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS (CINCO VEZES). PERCENTUAL DE EXASPERAÇÃO RELATIVO AO CONCURSO FORMAL. VINCULAÇÃO AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. **BIS IN IDEM.** INEXISTÊNCIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE. 1. (...). 3. "O melhor parâmetro para a escolha do acréscimo da pena (de um sexto até metade), conseqüente do concurso formal, é a consideração do número de fatos (ou seja, de vítimas, crimes ou resultados)". (DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 132). 4. Na hipótese, considerando serem 5 (cinco) as vítimas de roubo, é devida a exasperação em 1/3 (um terço). 5. (...). 6. Ordem parcialmente concedida para, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão e diminuindo a 1/3 (um terço) o acréscimo referente ao concurso formal, reduzir a pena recaída sobre os ora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes, de 9 (nove) anos de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantido o regime prisional para o início de cumprimento da expiação. (HC 75.874/RJ, Relator o Ministro **Og Fernandes**, DJe de 25/10/2010).

Dessarte, majora-se a pena de 6 (seis) anos de reclusão, fixada igualmente para cada um dos cinco homicídios, em 1/3 (um terço), pelo reconhecimento do concurso formal, resultando a pena em 8 (oito) anos de reclusão. Com o redimensionamento da pena, mostra-se apropriada a modificação do regime para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

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

Concedo, no entanto, a ordem de ofício para reduzir a pena-base, decotar a agravante do art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, e reduzir a fração de aumento do concurso formal para 1/3 (um terço), fixando a pena do paciente em 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0411489-8      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **HC 284.951 / MG**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 069020016601 10069020016601 10069020016601002 69020016601

EM MESA

JULGADO: 08/04/2014

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : HOMERO JUNGER MAFRA  
IMPETRANTE : RIVELINO AMARAL  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PACIENTE : ISMAEL KELLER LOTH (PRESO)  
CORRÉU : ADEMAR PESSOA CARDOSO

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

#### **CERTIDÃO**

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

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

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.