



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.073 - RS (2015/0037466-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : CHARLES LUIZ PAIM
ADVOGADO : CHARLES LUIZ PAIM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : HENRIQUE CESAR FERNANDES (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME E CULPABILIDADE. MOTIVO TORPE. **BIS IN IDEM**. CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, *“o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

IV - Segundo jurisprudência desta Corte, os atos infracionais cometidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriormente pelo paciente não podem ser utilizados para elevar a pena-base (**precedentes**).

V - Constata-se a ocorrência de **bis in idem** no que tange ao fundamento utilizado para valorar negativamente a **culpabilidade** e os **motivos** do crime, bem como para agravar a pena pelo **motivo torpe**, qual seja, vingança contra a vítima em razão de desavenças decorrentes do tráfico de drogas.

VI - O segundo fundamento utilizado para valorar negativamente a **culpabilidade** - um disparo de arma de fogo na coxa esquerda da vítima - não é idôneo para majorar a pena, pois não caracteriza um maior juízo de reprovação acerca da conduta (homicídio qualificado na forma tentada).

VII - Por outro lado, as instâncias ordinárias fundamentaram de maneira adequada o aumento da pena-base pelas **circunstâncias** do crime, de modo a atender as exigências estabelecidas pela lei e pela jurisprudência.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** apenas para redimensionar a pena imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.073 - RS (2015/0037466-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de HENRIQUE CESAR FERNANDES, em face de v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O paciente foi condenado em 1ª instância à pena de 11 (onze) anos de reclusão pelo crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, na forma do art. 14, inciso II, c/c 29, todos do Código Penal, em regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, a qual foi parcialmente provida para reduzir a reprimenda imposta ao paciente, para **8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão**, mantido o regime inicialmente **fechado**. O v. acórdão está assim ementado:

"APELAÇÃO CRIME. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, C/C O ART. 14, II E ART. 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL.

APELAÇÃO CONHECIDA NOS TERMOS DO ART. 593, INCISO III, ALÍNEAS 'C' E 'D', DO CPP.

DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

PENA. AUMENTO DO PERCENTUAL DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO. ITER CRIMINIS PERCORRIDO PELO AGENTE PARA CONSUMAÇÃO DO DELITO.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA" (fl. 29).

Daí o presente **mandamus**, em que sustenta o impetrante a existência de equívocos no que se refere à dosimetria da pena, por alegada falta de fundamentação no que tange à análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, sendo o paciente tecnicamente primário. Requer, ao final, que a pena-base seja fixada no patamar mínimo previsto em lei, e, consequentemente, a alteração do regime inicial para o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi **indeferida** às fls. 43-44.

As informações foram prestadas às fls. 51-63.

O Ministério Público Federal, às fls. 68-70, manifestou-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.073 - RS (2015/0037466-2)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA
FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA.
PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO
LEGAL. CONSIDERAÇÃO DE ATOS
INFRACIONAIS ANTERIORES.
IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME E
CULPABILIDADE. MOTIVO TORPE. **BIS IN
IDEM.** CIRCUNSTÂNCIAS.
FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **HABEAS
CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício.

III - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

IV - Segundo jurisprudência desta Corte, os atos infracionais cometidos anteriormente pelo paciente não podem ser utilizados para elevar a pena-base (**precedentes**).

V - Constata-se a ocorrência de **bis in idem** no que tange ao fundamento utilizado para valorar negativamente a **culpabilidade** e os **motivos** do crime, bem como para agravar a pena pelo **motivo torpe**, qual seja, vingança contra a vítima em razão de desavenças decorrentes do tráfico de drogas.

VI - O segundo fundamento utilizado para valorar negativamente a **culpabilidade** - um disparo de arma de fogo na coxa esquerda da vítima - não é idôneo para majorar a pena, pois não caracteriza um maior juízo de reprovação acerca da conduta (homicídio qualificado na forma tentada).

VII - Por outro lado, as instâncias ordinárias fundamentaram de maneira adequada o aumento da pena-base pelas **circunstâncias** do crime, de modo a atender as exigências estabelecidas pela lei e pela jurisprudência.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** apenas para redimensionar a pena imposta ao paciente.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Passo a analisar essa possibilidade.

E ao fazê-lo, verifico que pretende o impetrante a redução da pena-base fixada para o patamar mínimo legal.

A ordem comporta concessão de ofício.

A sentença fundamentou a dosimetria da pena do paciente nos seguintes termos:

"Passo a fixar a pena.

*O réu é tecnicamente **primário**. A **conduta social** e a **personalidade** são desfavoráveis, respondeu, como adolescente, por atos infracionais tipificados como porte ilegal de arma de fogo, tentativa de homicídio, tráfico. Obtida a remissão cumulada com prestação de serviços à Comunidade, ao que parece, a medida sócio-educativa não surtiu o efeito desejado, fls. 40 e seguintes. O **motivo do crime** é torpe, vingança decorrente de desavenças por causa do tráfico de drogas. As **consequências** são as descritas no auto de exame de corpo de delito de fls. As **circunstâncias** estão narradas na denúncia, reconhecidas pelos Srs. Jurados as duas qualificadoras, motivo torpe e recurso que dificultou a defesa do ofendido, esta serve para qualificar o crime,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aquela, como circunstância agravante, ensina acórdão publicado na RJTJRGs 112/82. Ademais, o fato restou praticado em plena luz do dia, na via pública, demonstração da periculosidade e do senso de impunidade dos agentes. A **reprovabilidade** é intensa, atingida a vítima por disparo de arma de fogo, instrumento de alto potencial lesivo, na coxa esquerda. Henrique possui plena consciência da ilicitude de sua conduta e poderia atuar de maneira diversa, até mesmo levando-se em conta os fatos anteriores. No entanto, juntou-se a dois indivíduos, armado, na busca de vingança. O **comportamento da vítima** em nada contribuiu para o fato, apenas conversava com duas pessoas conhecidas.

Assim, fixo a pena-base privativa de liberdade em 16 (dezesseis) anos de reclusão, aplicando a qualificadora do crime praticado mediante **recurso que dificultou a defesa do ofendido**.

A outra qualificadora, utilizada como agravante, crime **cometido por motivo torpe**, vingança contra a vítima Fabrício em decorrência de desavenças do tráfico, reconhecida pelo Conselho de Sentença, aumenta a pena em 01 (um) ano, chegando-se a **17 (dezesete) anos de reclusão**, com redução em 06 (seis) meses, embora não sustentada a menoridade em Plenário, visto que circunstância objetiva, preponderante a agravante do motivo sobre a atenuante, art. 67 do Código Penal, **pena de 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão**.

Reduzo, por fim, a pena em um terço (1/3), diante da tentativa, ficando a **pena em 11 (onze) anos de reclusão**, que torno definitiva por não existirem outras modificadoras, **a ser cumprida, de início, no regime fechado**, na forma do art. 33, § 2º, 'a', c/c o § 3º, Código Penal.

Utilizei a redução no percentual supra, porquanto a vítima Fabrício acabou atingida na coxa esquerda, réu, friso, usou instrumento de alto potencial lesivo - arma de fogo" (fls. 25-26).

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a pena-base fixada na sentença, e aumentou o percentual de redução pela tentativa, com amparo nos fundamentos a seguir:

"A pena base foi adequadamente fixada acima do mínimo legal, em 16 anos de reclusão, sendo uma das qualificadoras valoradas como circunstância judicial (recurso que dificultou a defesa do ofendido):

[...]

Posteriormente, a pena foi aumentada em 01 ano, considerada como agravante a qualificadora do motivo torpe, e posteriormente foi reduzida redução (sic) em 06 meses pela menoridade, restando a pena em 16 anos e 06 meses de reclusão.

Em razão da tentativa, a pena foi reduzida em 1/3, percentual mínimo previsto em lei. No entanto, assiste razão à defesa quando pleiteia uma maior diminuição. Isso porque o critério a ser utilizado pelo julgador é o **iter criminis**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

percorrido, ou seja, a proximidade com a consumação.

No presente caso, entendo adequada a redução da pena em 1/2 (metade), considerando-se que, ainda que a vítima tenha sido atingida com um disparo de arma de fogo (razão pela qual não é adequada a redução máxima), a mesma não sofreu perigo de vida ou lesões graves, consoante depreende-se do auto de corpo de delito de fl. 116, já que restou atingida apenas na perna (na parte da coxa).

*Dessa forma, reduzo a pena em metade pela tentativa, restando agora definitiva em **08 anos e 03 meses de reclusão**.*

O regime de cumprimento vai mantido no inicial fechado, já que adequado à quantidade de pena.

Daí porque dou parcial provimento ao apelo da defesa tão somente para reduzir a pena privativa de liberdade para 08 anos e 03 meses de reclusão" (fls. 36-38).

Impende asseverar, por oportuno, que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Os excertos acima transcritos, no que concerne ao aumento da reprimenda em razão da existência de **atos infracionais** cometidos anteriormente pelo ora paciente, quando menor, encontram-se em confronto com a jurisprudência desta Corte Superior, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgador considerou 'expressivo o grau de culpabilidade' - o qual se refere à maior ou menor reprovabilidade da conduta delituosa - porque os pacientes percorreram 'longo iter', elemento inerente à forma consumada do furto, já analisado na tipificação da conduta dos agentes.

2. A 'reprovável conduta social' dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

3. Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que 'atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência' (HC n. 289.098/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 23/5/2014).

5. A valoração negativa das circunstâncias do crime com base no expressivo prejuízo sofrido pela vítima (R\$ 4.000) é justificativa idônea para a majoração da pena-base.

6. Desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, é cabível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva aos réus, primários, condenados à pena inferior a 4 anos, art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Ordem não conhecida. **Habeas corpus** concedido, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes a 2 anos e 6 meses de reclusão" (HC n. 224.037/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/4/2015).

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE ANOTAÇÕES DE ATOS INFRACIONAIS. ILEGALIDADE. FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE DOS CRIMES NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA MENORIDADE RELATIVA. TESE PREJUDICADA PELA INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231/STJ. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 12.736/12. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO RESTANTE, CONCEDIDO.

1. 'Atos infracionais não podem ser considerados como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base' (HC 190.569/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 12/09/2012).

[...]

4. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. O estabelecimento do novo regime deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.736/12, segundo o qual '[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.' 5. Ordem de **habeas corpus** parcialmente prejudicada e, no restante, concedida para, mantida a condenação, reformar a dosimetria da pena, reduzindo-se as sanções dos delitos de roubo majorado e corrupção de menores, com reconhecimento do concurso formal próprio entre os crimes e fixação da reprimenda total em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 23 dias-multa, determinando o Juízo das Execuções Penais que fixe o regime inicial de cumprimento de pena, nos moldes do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal" (HC n. 185.452/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 28/2/2013).

"HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERSONALIDADE DESAJUSTADA. ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE PARA FINS DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ARGUMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

[...]

3. **Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base.**

4. Evidenciado que o paciente atacou a vítima na companhia de menores inimputáveis quando esta chegava em casa, sem que pudesse esperar pelo ataque e que desferiu inúmeros disparos na direção das vítimas, não há nenhuma ilegalidade no ponto em que foi reconhecida a negatividade das circunstâncias do delito.

5. Verificando-se que o menor foi corrompido para a prática



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de crime grave e que foram praticados dois crimes de homicídio, não há nenhum constrangimento ilegal na elevação da pena-base do crime de corrupção de menores, a título de circunstâncias e consequências desfavoráveis do delito.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 14 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 22 dias-multa" (HC n. 190.569/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 12/9/2012).

No que tange à valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes aos **motivos** do crime e à **culpabilidade**, constata-se a ocorrência de **bis in idem**, uma vez que ambas foram fundamentadas no intuito de vingança do réu, por desavenças decorrentes do tráfico de drogas, o que configura, segundo julgados deste Tribunal Superior, constrangimento ilegal. Do mesmo modo, no que diz respeito à utilização da qualificadora do **motivo torpe**, utilizada como **agravante**, cuja fundamentação para elevar a pena em 1 (um) ano também consistiu no objetivo de vingança contra a vítima.

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. JUSTIFICATIVAS IDÔNEAS. CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS DO CRIME, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Não verifico a existência de uma maior reprovabilidade apta a justificar o aumento da pena-base em razão da desvalorização das consequências do delito com base na repercussão da imprensa. Isso porque tal consequência não pode ser atribuída à conduta do paciente, extrapolando, assim, sua esfera de conhecimento.

- A conduta social e a personalidade do paciente foram desvaloradas sem justificativa idônea, porquanto os julgadores se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limitaram à adoção dos argumentos utilizados para desvalorar a culpabilidade.

- O motivo do crime, evitar que o corréu desembolsasse dinheiro para substituir o banco do táxi, não ultrapassa a elementar do tipo penal consubstanciada no proveito alheio.

- O comportamento neutro da vítima não pode ser utilizado para justificar exasperação da pena-base. Precedentes.

- Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a pena aplicada, inferior a 4 anos, e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional semiaberto, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

- Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente" (HC n. 335.103/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 4/2/2016).

"HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. BIS IN IDEM NA CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. EXCLUSÃO. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS.

1. Tratando-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. É vedado o exame das teses que não foram objeto da apelação e, por isso, não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

3. **Verifica-se ilegalidade flagrante na dosimetria da pena, qual seja, a ocorrência de bis in idem no tocante à fundamentação adotada para valorar negativamente a culpabilidade do agente e os motivos do crime, consubstanciada no fato de o paciente ser oficial de justiça, o que deve ser afastado.**

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena relativa ao crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) a 2 anos e 9 meses de reclusão e a relativa ao crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) a 5 anos e 4 meses de reclusão, totalizando 8 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado" (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

328.800/MA, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 2/2/2016).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E MEIO CRUEL, LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE, LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E OCULTAÇÃO DE CADÁVER NA FORMA TENTADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 129, CAPUT E 211 C/C 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DECURSO DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO ENTRE O ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU A PRONÚNCIA DO PACIENTE E A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE EM TODOS OS CRIMES. FATOS INERENTES AOS RESPECTIVOS CRIMES. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA PARA EXASPERAR A PENA-BASE EM RAZÃO DOS MOTIVOS (MOTIVO TORPE) E DA SOBEJANTE (MEIO CRUEL) PARA AGRAVAR A PENA NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO NO AGIR EXCESSIVO DO AGENTE. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL USADA PARA AGRAVAR A PENA NA SEGUNDA FASE. AFASTAMENTO DA REFERIDA VETORIAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTOS QUE EXTRAPOLAM OS INERENTES AO CRIME. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUMENTO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. TRAUMAS E SOFRIMENTOS PSICOLÓGICOS. FATOS INERENTES AO TIPO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4.- O agir excessivo do paciente não serve para elevar a pena-base, por valoração negativa da culpabilidade, por se referir à qualificação do delito em questão - emprego de meio cruel - que serviu para agravar a pena na segunda fase, sob pena de ocorrência de **bis in idem**.

[...]

6.- Não constitui fundamento idôneo para o aumento da pena-base pela valoração negativa das consequências do crime de atentado violento ao pudor, os traumas e sofrimentos psicológicos, visto serem inerentes ao próprio tipo penal. Redimensionamento da pena que se faz necessário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7.- **Habeas corpus** não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva dos crimes previstos no art. 129, **caput** e art. 211 c/c art. 14, II, todos do Código Penal e, conseqüentemente, declarar a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal, referentes a tais delitos, bem como reduzir a pena do crime de homicídio duplamente qualificado a 18 anos e 2 meses de reclusão, e do crime de atentado violento ao pudor, a 7 anos de reclusão, mantendo-se, no mais, o acórdão impugnado" (HC n. 189.718/DF, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 11/12/2015).

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART 121, § 2.º, INCISOS I, III, IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, DA LEI 10.826/2003. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DA RÉ E AOS MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CRIME ESPECIALMENTE CENSURÁVEL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. CRIME DE FORNECER ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE. MESMO FATO VALORADO EM MOMENTOS DIVERSOS DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

7. Quanto à dosimetria do crime de fornecer arma de fogo, verifica-se que as instâncias ordinárias valoraram indevidamente em demérito das Pacientes a circunstância judicial da culpabilidade, com base em referências vagas e genéricas, desprovidas de qualquer fundamentação objetiva, alegando que elas 'sabia[m] que agia[m] contrariamente ao direito'.

8. Da mesma forma, o Juízo processante valorou um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, incorrendo em vedado **bis in idem**. Isto porque ao exasperar a pena-base, ponderou negativamente as consequências do delito aduzindo que 'as armas foram portadas ilegalmente em diversas oportunidades, expondo a coletividade a risco em vários momentos' e depois, no tocante às circunstâncias do crime, argumentou que 'o crime foi praticado em diversas oportunidades de tempo e lugar, conforme mencionado, algumas vezes em meio a muitas pessoas'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. As demais circunstâncias judiciais valoradas em desfavor das Pacientes quanto ao delito do art. 14, da Lei 10.826/03, restaram devidamente fundamentas para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo o magistrado explicitado as características que, de fato, emprestaram à conduta das Pacientes especial reprovabilidade.

10. **Habeas corpus** parcialmente concedido para redimensionar a reprimenda das Pacientes, nos termos do voto" (HC 220.885/TO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 5/11/2013).

Ressalte-se que o segundo fundamento utilizado para valorar negativamente a **culpabilidade** - qual seja, um disparo de arma de fogo na coxa esquerda da vítima (fl. 25) - não é idôneo para majorar a pena, pois não caracteriza um maior juízo de reprovação acerca da conduta (homicídio qualificado na forma tentada).

Sobre o tema:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] MALFERIMENTO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. CULPABILIDADE. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTO CONCRETOS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

4. É possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, **que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extrapolou os limites naturais próprios à execução do crime.**

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 781.997/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 1º/2/2016).

"PENAL E PROCESSUAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. [...] DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATENUANTE DA CONFISSÃO. QUANTUM DE REDUÇÃO MANTIDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

6. Eventual constrangimento ilegal na fixação da pena, passível de ser sanado por meio de **habeas corpus**, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da pena, de ausência de fundamentação ou flagrante injustiça, o que se observa, em parte, no presente caso.

7. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo legal deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

8. **Deve ser afastada a valoração da culpabilidade, uma vez que o magistrado não apontou nenhum elemento concreto que evidenciasse anormal reprovação social da conduta do paciente, não servindo para tanto a mera descrição do modus operandi, que, no caso em exame, é inerente ao próprio tipo penal do homicídio.**

9. As afirmações de que 'o réu demonstrou ser pessoa pronta a explodir e com tendência homicida por fatos insignificantes; além de ser frio e calculista; com desprezo à vida do outrem', não merecem prosperar, porquanto, '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' (HC 136.685/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 07/12/2009).

10. Do mesmo modo, por consequência lógica do delito em comento, não deve prevalecer o fundamento de que 'os amigos e parentes ficarão privados perpetuamente do convívio da vítima; gerando desconforto e trauma'.

[...]

13. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 13 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado" (HC n. 196.108/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 11/9/2015).

Por outro lado, não se vislumbra flagrante ilegalidade no que se refere à fundamentação atinente às **circunstâncias** do delito, considerando o lugar do crime (via pública) e que "o fato restou praticado em plena luz do dia, na via pública, demonstração da periculosidade e do senso de impunidade dos agentes" (fl. 25).

Ilustrativamente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. PREPARAÇÃO PRÉVIA. ESPECIAL REPROVABILIDADE EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE COM BASE NO MODUS OPERANDI. DISPARO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTO VÁLIDO. PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Legítima a consideração das circunstâncias do delito pelo modus operandi empregado na prática do delito, em que os agentes chegaram até a efetuar disparo de arma de fogo na via pública, fatos que desbordam do caminho razoavelmente utilizado para o crime de roubo, configurando justificativa válida para o desvalor. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas a 6 anos e 8 meses de reclusão e 18 dias-multa" (HC n. 199.609/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 3/8/2015).

Assim, reconhecido o excesso no aumento da pena-base imposta ao paciente, impõe-se o seu redimensionamento. Nesse sentido, reduzo o aumento da pena-base para **14 (quatorze) anos de reclusão**, considerando como desfavoráveis ao paciente as **circunstâncias** do crime, e uma das qualificadoras valorada como circunstância judicial, qual seja, a utilização de **recurso que dificultou a defesa do ofendido**, nos termos da fundamentação contida na r. sentença condenatória.

A segunda **qualificadora** (motivo torpe), utilizada como **agravante**, **aumenta a pena em 1 (um) ano**, chegando-se a **15 (quinze) anos de reclusão**. Porém, reduzo a pena em **6 (seis) meses**, diante do reconhecimento da **menoridade** à época do fato: **14 (quatorze) anos e 6 (seis) meses de reclusão**. Por fim, a pena deve, ainda, ser reduzida em 1/2, diante da **tentativa**, de modo que fica definitiva em **7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantenho incólumes os demais fundamentos lançados pelas instâncias ordinárias, inclusive no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, que é o **fechado, em razão** do montante final da pena e da existência de **circunstâncias judiciais desfavoráveis** ao paciente, o que justifica o agravamento do regime prisional.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo**, entretanto, a **ordem de ofício**, para redimensionar a pena imposta ao paciente, tornando-a definitiva em 7 **(sete) anos e 3 (três) meses de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0037466-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 317.073 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00120800329318 120800329318 3612008750310 70037827904

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CHARLES LUIZ PAIM
ADVOGADO	: CHARLES LUIZ PAIM
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: HENRIQUE CESAR FERNANDES (PRESO)
CORRÉU	: NICLÉSIO FREITAS FERNANDES

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.