



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.745 - AL (2015/0165437-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PACIENTE : MARCELO DO ESPIRITO SANTO CAVALCANTE

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 121, §2º, I, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ASPECTO INERENTE AO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÕES VAGAS E GENÉRICAS. ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. A aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade como elemento do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal. Da mesma forma, a agressividade e consciência inerentes ao delito praticado não constituem fundamentação idônea a aumentar a pena-base, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

4. Não foram arrolados dados concretos a justificar a majoração da pena em razão das circunstâncias do crime, haja vista que os Juízos de origem teceram, tão somente, considerações vagas e genéricas, que não consubstanciam desvalor que ultrapassa o *modus operandi* comum ao delito em testilha, a saber, o homicídio qualificado.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena do paciente em 06 (seis) anos de reclusão, mantidos, no mais, os termos da condenação.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de setembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.745 - AL (2015/0165437-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PACIENTE : MARCELO DO ESPIRITO SANTO CAVALCANTE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCELO DO ESPÍRITO SANTO CAVALCANTE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Apelação Criminal n.º 0034409-56.2009.8.02.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 121, §2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto. Eis o teor do *decisum*, no que interessa (fls. 26/28):

Tendo em vista que o Júri, por maioria de votos, rejeitou as TESES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, LEGÍTIMA DEFESA, DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA, resta definitivamente CONDENADO por crime de homicídio tentado, o réu MARCELO DO ESPÍRITO SANTO CAVALCANTE, tal como previsto no art 121 inciso I, c/c os arts. 14. inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro.

(...)

Por tais razões, atendendo ao disposto nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, passo a dosar-lhe a reprimenda penal.

Quanto à culpabilidade, esta deve ser compreendida como "o juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime." A conduta do réu se demonstrou altamente reprovável, em vista de seu modo consciente e agressivo de agir, bem como conhecia a ilicitude de sua conduta ao desferir os tiros na vítima; desse modo, configura-se alta a censurabilidade de sua conduta, sendo-lhe tal circunstância, portanto, desfavorável.

No tocante a seus antecedentes, estes devem ser considerados como "os dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal. Dizem respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins." O acusado não é primário, pois informou em seu interrogatório em Plenário que foi condenado por crimes de tráfico de entorpecente e roubo. Portanto, considero está circunstância desfavorável.

A conduta social é o "estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amigos e vizinhança, etc." Não há nos autos registros acerca da conduta social do réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A personalidade, por sua vez, é o "perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais." No caso em epígrafe, a personalidade do agente não pode ser aferida por este Juízo, porquanto inexiste nos autos qualquer laudo que faça menção à referida circunstância subjetiva.

Os motivos do crime "são os fatores psíquicos que levam a pessoa a praticar o crime." Verifica-se nos autos que o motivo do crime foi em decorrência de a vítima ter denunciado o réu de ter furtado um aparelho tensiômetro do Centro Cirúrgico do Hospital do Açúcar. Contudo, esta circunstância deve ser considerada favorável ao réu, para se evitar o bis in idem, em face do acolhimento da qualificadora do motivo torpe.

As circunstâncias do delito são os "dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura." Aqui, a referida circunstância judicial deve ser aplicada em desfavor do réu, porque ficou demonstrado nos autos a sua ousadia no momento de efetuar os tiros na vítima que transfixaram o seu corpo, no ponto de Ônibus que ficava próximo do trabalho da vítima, o que não beneficia em hipótese alguma o réu.

As conseqüências do delito, isto é, o "conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade," foram graves, mormente que a vítima ficou traumatizada e com problemas psicológicos em decorrência do crime em tela. Considero esta circunstância desfavorável ao réu.

O comportamento da vítima está "ligado à vitimologia, isto é, ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal." No caso em epígrafe, a vítima não contribuiu para as ações do réu, pois apenas comentou que este havia subtraído um tensiômetro. Portanto, entendo que esta circunstância é favorável ao réu, pois a Corte do STJ vem decidindo de forma reiterada que o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado, consoante decisão no Resp 1134362/AC, Rei. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/08/2013, DJ 28/08/2013.

Assim, com respaldo no art. 59 do Código Penal Brasileiro, fixo-lhe a pena base de 16 (dezesseis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na 2ª fase, analisando as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes), não existindo circunstância agravante e havendo circunstância atenuante em favor do réu, por ter confessado o crime, reduzo a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses.

Na 3ª fase, não há causa de aumento e existindo causa de diminuição da pena prevista na parte geral do Código Penal, no art. 14, inciso II, parágrafo único, reduzo a pena em 1/2 (metade) - 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, porque a sua ação não se aproximou da consumação, **tornando-a definitiva em 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto**, no Presídio Baldomero Cavalcanti ou em outra unidade penitenciária que o Juiz da Vara de Execuções Criminais entender.

Expeça-se Carta de Guia Provisória.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem deu parcial provimento, tão somente para reduzir a pena-base, redimensionando a pena final do paciente para 07 (sete) anos de reclusão, em acórdão assim sumariado (fl. 48):

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. IRRESIGNAÇÃO EM FACE DA DOSIMETRIA DA PENA. VERIFICAÇÃO DE EQUÍVOCO NA AVALIAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PENA-BASE MODIFICADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DO ACUSADO PARA 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Eis a fundamentação esposada pelo Tribunal (fls. 52/55):

Na primeira etapa de fixação da reprimenda penal, em análise às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, aponto que, em relação à culpabilidade, não houve qualquer irresignação defensiva, motivo pelo qual, considerando correta a valoração realizada pelo Magistrado a quo, a mantenho por seus próprios fundamentos como desfavorável ao Réu.

Doutra banda, deixo de me manifestar acerca da conduta social, da personalidade, dos motivos do crime e do comportamento da vítima, sob pena de incorrer em vedado reformado in pejus, uma vez que tais circunstâncias foram avaliadas favoravelmente ao Acusado em Primeiro Grau.

Passo, então, a analisar as circunstâncias impugnadas nas Razões do presente Apelo.

Quanto aos antecedentes, registrou a sentença ser esta circunstância desfavorável ao Acusado, pois ele teria informado "em seu interrogatório em Plenário que foi condenado por crimes de tráfico de entorpecente e roubo."

No ponto, embora a Defesa tenha alegado que inexistem nos autos comprovação da condenação do réu Marcelo do Espírito Santos Cavalcante em outro processo, constatei, da leitura do presente feito, que consta, à fl. 55, a Folha de Antecedentes Criminais do Agente, na qual é possível observar a anotação da prática do delito de Porte Ilegal de Arma de Fogo, no dia 26 de maio de 2009, data anterior ao cometimento do fato criminoso apurado nestes autos, cujo processo fora registrado sob o nº 0012876-41.2009.8.02.0001.

No curso da citada Ação Penal, o Réu fora condenado ao cumprimento da pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto.

Tal condenação transitou em julgado para a Defesa no dia 07 de junho de 2012, ou seja, anteriormente à prolação da sentença do caso em análise (13 de janeiro de 2014).

Dessa forma, ante o exposto, não há que se falar em ausência da comprovação dos maus antecedentes, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal já acentou entendimento acerca da possibilidade da utilização da Folha de Antecedentes Criminais para este fim.

Senão vejamos:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, considero, como reconhecido em Primeiro Grau, a circunstância judicial ora em comento desfavorável ao réu Marcelo do Espírito Santo Cavalcante.

Em se tratando das circunstâncias do crime, vale esclarecer que estas se relacionam ao *modus operandi* utilizado na prática do crime, influenciando em sua gravidade, embora não componham o crime.

Dessa forma, diante das informações colhidas no curso do feito, entendo que tal circunstância deve ser valorada negativamente ao Acusado, uma vez que, como consignado pelo Magistrado a quo, o fato delitivo foi perpetrado em via pública, no momento em que o Ofendido aguardava em um ponto de ônibus próximo ao seu trabalho, o que demonstrou a elevada ousadia do Apelante na prática delitiva.

No tocante às conseqüências do delito, ressalto que estas são os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram a sua estrutura. O Julgador da causa consignou que as conseqüências "foram graves, mormente que a vítima ficou traumatizada e com problemas psicológicos em decorrência do crime em tela."

In casu, não obstante o exposto, entendo que a referida circunstância judicial deve ser considerada favorável ao Réu, tendo em vista que não foram juntados quaisquer elementos probatórios aptos a comprovação de tal situação.

A PGJ também manifestou seu entendimento nessa linha:

[...] as conseqüências do delito, no que pertine a vítima ter ficado traumatizada, carecem de comprovação por exame ou laudo clínico. [...].

A par da avaliação acima, bem como ratificando a motivação contida na sentença quanto às demais circunstâncias judiciais, considerando que o patamar da pena estabelecido para o delito de homicídio qualificado varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos e, em razão da existência de 03 (três) circunstâncias desfavoráveis ao Acusado (culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime), fixo a pena-base em 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, por considerar este quantum suficiente e necessário para a reprovação do crime perpetrado.

No tocante à segunda fase, por não ter sido feita qualquer impugnação pela Defesa, bem como por constatar sua regularidade, mantenho o patamar utilizado pelo Magistrado de Primeiro Grau, tendo em vista que, inexistindo circunstâncias agravantes, este reduziu a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses ante a presença da atenuante da confissão (65, III, d, do CP), fixando-a em 14 (catorze) anos de reclusão.

Por fim, na terceira fase, não existindo causas aumento da pena, mas tendo sido verificada a ocorrência da causa de diminuição da tentativa, prevista no art. 14, II, do CP, reduzo a reprimenda do Acusado no mesmo patamar estabelecido em Primeiro Grau, 1/2 (metade), tornando-a definitiva em 07 (sete) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente semiaberto, de acordo com o teor disposto no art. 33, § 2º, "b", do CP.

Por tais motivos, dou parcial provimento ao Recurso, unicamente para redimensionar a reprimenda imposta ao Apelante para 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, pelo crime de homicídio qualificado tentado cometido contra o ofendido Leonardo do Rêgo Lins.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega a equivocada avaliação das circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade e às circunstâncias do delito.

Sustenta que as circunstâncias judiciais foram valoradas negativamente com base em elementos inerentes ao conceito analítico do crime. Nesse sentido, assevera que a o conceito de "culpabilidade" enquanto conceito analítico de crime, foi confundido com a noção de "culpabilidade" enquanto circunstância judicial.

Obtempera que, em relação às circunstâncias do crime, o Tribunal não agiu corretamente ao considerá-las negativas em razão de o fato ter sido cometido em via pública, o que, em seu ponto de vista, não representaria nenhuma excepcionalidade capaz de justificar a exasperação da pena.

Ao final, requer seja concedida a ordem para reformar o acórdão impugnado, reduzindo-se o *quantum* da pena-base.

Informações prestadas às fls. 64/111.

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República JULIETA E. FAJARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da impetração (fls. 125/126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.745 - AL (2015/0165437-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 121, §2º, I, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ASPECTO INERENTE AO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÕES VAGAS E GENÉRICAS. ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. A aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade como elemento do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal. Da mesma forma, a agressividade e consciência inerentes ao delito praticado não constituem fundamentação idônea a aumentar a pena-base, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

4. Não foram arrolados dados concretos a justificar a majoração da pena em razão das circunstâncias do crime, haja vista que os Juízos de origem teceram, tão somente, considerações vagas e genéricas, que não consubstanciam desvalor que ultrapassa o *modus operandi* comum ao delito em testilha, a saber, o homicídio qualificado.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena do paciente em 06 (seis) anos de reclusão, mantidos, no mais, os termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Cumpre destacar que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil".

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada".

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA.

AGRAVANTE.

REINCIDÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados".

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012).

Na presente impetração, alega a Defesa que o magistrado sentenciante utilizou como circunstância judicial desfavorável a culpabilidade enquanto elemento integrante do conceito analítico do crime, confundindo-a com a noção de culpabilidade enquanto circunstância judicial.

Como é cediço, o conceito de culpabilidade em direito penal pode assumir diferentes vertentes, por exemplo: a) elemento da estrutura analítica do crime; b) conceito oposto à responsabilidade penal objetiva – a culpabilidade constitui-se também em uma exigência de responsabilidade penal subjetiva; e c) medida da pena.

A culpabilidade enquanto elemento da estrutura analítica na teoria do delito integra o terceiro substrato do crime, consubstanciando um juízo de reprovação que incide sobre o autor do injusto penal em razão do fato que praticou. Nessa passada, tendo por norte a Teoria Normativa Pura, de base finalista, são pressupostos da culpabilidade: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de conduta diversa.

A seu turno, a culpabilidade como medida de pena nada mais é do que o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta. Deve ser observado, pois, a posição do agente frente bem jurídico tutelado, cuja reprovabilidade deve ser calcada em elementos concretos dos autos, os quais devem escapar ao campo de incidência do tipo penal violado, sob pena de *bis in idem*. A esse propósito, cumpre trazer à liça entendimento firmado por esta Corte:

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. ADULTERAÇÃO QUE NÃO É PERCEBIDA DE MANEIRA IMEDIATA. TIPICIDADE DA CONDUTA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE.

1. Esta Corte de Justiça, seguindo a jurisprudência do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a mera falsificação grosseira de documento, incapaz de ludibriar pessoa comum, afasta o delito previsto no art. 304 do Código Penal (Precedentes STJ).

2. Entretanto, no caso dos autos, constatado pela Corte Estadual que não seria possível o reconhecimento de maneira imediata da adulteração da carteira de habilitação, já que o mencionado documento já havia sido apresentado pelo paciente em outra oportunidade, não se pode falar em atipicidade da conduta, tendo em vista que o objeto do ilícito em apreço seria apto a atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, qual seja, a fé pública, razão pela qual mostra-se inviável a absolvição do paciente nos termos como almejado.

3. Para se entender de modo diverso, no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do paciente seria necessário o exame aprofundado de provas, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. OCUPANTE DE CARGOS PÚBLICOS RELEVANTES. ALTO GRAU DE INSTRUÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há como se acoimar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, bem evidenciada pelo fato do paciente ser titular de cargos públicos relevantes e ostentar alto grau de instrução, circunstâncias que, devidamente demonstradas, são fundamentos aptos a respaldar uma pequena exacerbação da pena-base, como a que ocorreu no caso sub examine.

(...)

(HC 194.326/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 29/08/2011)

Na hipótese vertente, assim se manifestou o magistrado *a quo* em relação à circunstância judicial em destaque (fls. 26/28):

Tendo em vista que o Júri, por maioria de votos, rejeitou as TESES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, LEGÍTIMA DEFESA, DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA, resta definitivamente CONDENADO por crime de homicídio tentado, o réu MARCELO DO ESPÍRITO SANTO CAVALCANTE, tal como previsto no art 121 inciso I, c/c os arts. 14. inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro.

(...)

Por tais razões, atendendo ao disposto nos artigos 59 e 68, ambos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, passo a dosar-lhe a reprimenda penal.

Quanto à culpabilidade, esta deve ser compreendida como "o juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime." A conduta do réu se demonstrou altamente reprovável, em vista de seu modo consciente e agressivo de agir, bem como conhecia a ilicitude de sua conduta ao desferir os tiros na vítima; desse modo, configura-se alta a censurabilidade de sua conduta, sendo-lhe tal circunstância, portanto, desfavorável.

No tocante a seus antecedentes, estes devem ser considerados como "os dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal. Dizem respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins." O acusado não é primário, pois informou em seu interrogatório em Plenário que foi condenado por crimes de tráfico de entorpecente e roubo. Portanto, considero está circunstância desfavorável.

A conduta social é o "estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amigos e vizinhança, etc." Não há nos autos registros acerca da conduta social do réu.

A personalidade, por sua vez, é o "perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais." No caso em epígrafe, a personalidade do agente não pode ser aferida por este Juízo, porquanto inexiste nos autos qualquer laudo que faça menção à referida circunstância subjetiva.

Os motivos do crime "são os fatores psíquicos que levam a pessoa a praticar o crime." Verifica-se nos autos que o motivo do crime foi em decorrência de a vítima ter denunciado o réu de ter furtado um aparelho tensiômetro do Centro Cirúrgico do Hospital do Açúcar. Contudo, esta circunstância deve ser considerada favorável ao réu, para se evitar o bis in idem, em face do acolhimento da qualificadora do motivo torpe.

As circunstâncias do delito são os "dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura." Aqui, a referida circunstância judicial deve ser aplicada em desfavor do réu, porque ficou demonstrado nos autos a sua ousadia no momento de efetuar os tiros na vítima que transfixaram o seu corpo, no ponto de Ônibus que ficava próximo do trabalho da vítima, o que não beneficia em hipótese alguma o réu.

As consequências do delito, isto é, o "conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade," foram graves, mormente que a vítima ficou traumatizada e com problemas psicológicos em decorrência do crime em tela. Considero esta circunstância desfavorável ao réu.

O comportamento da vítima está "ligado à vitimologia, isto é, ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal." No caso em epígrafe, a vítima não contribuiu para as ações do réu, pois apenas comentou que este havia subtraído um tensiômetro. Portanto, entendo que esta circunstância é favorável ao réu, pois a Corte do STJ vem decidindo de forma reiterada que o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado, consoante decisão no Resp 1134362/AC, Rei. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/08/2013, DJ 28/08/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, com respaldo no art. 59 do Código Penal Brasileiro, fixo-lhe a pena base de 16 (dezesseis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na 2ª fase, analisando as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes), não existindo circunstância agravante e havendo circunstância atenuante em favor do réu, por ter confessado o crime, reduzo a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses.

Na 3ª fase, não há causa de aumento e existindo causa de diminuição da pena prevista na parte geral do Código Penal, no art. 14, inciso II, parágrafo único, reduzo a pena em 1/2 (metade) - 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, porque a sua ação não se aproximou da consumação, tornando-a definitiva em 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, no Presídio Baldomero Cavalcanti ou em outra unidade penitenciária que o Juiz da Vara de Execuções Criminais entender.

Expeça-se Carta de Guia Provisória.

Eis a fundamentação adotada pelo édito de segundo grau (fls. 52/55):

Na primeira etapa de fixação da reprimenda penal, em análise às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, aponto que, em relação à culpabilidade, não houve qualquer irresignação defensiva, motivo pelo qual, considerando correta a valoração realizada pelo Magistrado a quo, a mantenho por seus próprios fundamentos como desfavorável ao Réu.

Doutra banda, deixo de me manifestar acerca da conduta social, da personalidade, dos motivos do crime e do comportamento da vítima, sob pena de incorrer em vedado reformado in pejus, uma vez que tais circunstâncias foram avaliadas favoravelmente ao Acusado em Primeiro Grau.

Passo, então, a analisar as circunstâncias impugnadas nas Razões do presente Apelo.

Quanto aos antecedentes, registrou a sentença ser esta circunstância desfavorável ao Acusado, pois ele teria informado "em seu interrogatório em Plenário que foi condenado por crimes de tráfico de entorpecente e roubo."

No ponto, embora a Defesa tenha alegado que inexistem nos autos comprovação da condenação do réu Marcelo do Espírito Santos Cavalcante em outro processo, constatei, da leitura do presente feito, que consta, à fl. 55, a Folha de Antecedentes Criminais do Agente, na qual é possível observar a anotação da prática do delito de Porte Ilegal de Arma de Fogo, no dia 26 de maio de 2009, data anterior ao cometimento do fato criminoso apurado nestes autos, cujo processo fora registrado sob o nº 0012876-41.2009.8.02.0001.

No curso da citada Ação Penal, o Réu fora condenado ao cumprimento da pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto.

Tal condenação transitou em julgado para a Defesa no dia 07 de junho de 2012, ou seja, anteriormente à prolação da sentença do caso em análise (13 de janeiro de 2014).

Dessa forma, ante o exposto, não há que se falar em ausência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação dos maus antecedentes, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal já acentou entendimento acerca da possibilidade da utilização da Folha de Antecedentes Criminais para este fim.

Senão vejamos:

(...)

Assim, considero, como reconhecido em Primeiro Grau, a circunstância judicial ora em comento desfavorável ao réu Marcelo do Espírito Santo Cavalcante.

Em se tratando das circunstâncias do crime, vale esclarecer que estas se relacionam ao *modus operandi* utilizado na prática do crime, influenciando em sua gravidade, embora não componham o crime.

Dessa forma, diante das informações colhidas no curso do feito, entendo que tal circunstância deve ser valorada negativamente ao Acusado, uma vez que, como consignado pelo Magistrado a quo, o fato delitivo foi perpetrado em via pública, no momento em que o Ofendido aguardava em um ponto de ônibus próximo ao seu trabalho, o que demonstrou a elevada ousadia do Apelante na prática delitiva.

No tocante às conseqüências do delito, ressalto que estas são os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram a sua estrutura. O Julgador da causa consignou que as conseqüências "foram graves, mormente que a vítima ficou traumatizada e com problemas psicológicos em decorrência do crime em tela."

In casu, não obstante o exposto, entendo que a referida circunstância judicial deve ser considerada favorável ao Réu, tendo em vista que não foram juntados quaisquer elementos probatórios aptos a comprovação de tal situação.

A PGJ também manifestou seu entendimento nessa linha:

[...] as conseqüências do delito, no que pertine a vítima ter ficado traumatizada, carecem de comprovação por exame ou laudo clínico. [...].

A par da avaliação acima, bem como ratificando a motivação contida na sentença quanto às demais circunstâncias judiciais, considerando que o patamar da pena estabelecido para o delito de homicídio qualificado varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos e, em razão da existência de 03 (três) circunstâncias desfavoráveis ao Acusado (culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime), fixo a pena-base em 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, por considerar este quantum suficiente e necessário para a reprovação do crime perpetrado.

No tocante à segunda fase, por não ter sido feita qualquer impugnação pela Defesa, bem como por constatar sua regularidade, mantenho o patamar utilizado pelo Magistrado de Primeiro Grau, tendo em vista que, inexistindo circunstâncias agravantes, este reduziu a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses ante a presença da atenuante da confissão (65, III, d, do CP), fixando-a em 14 (catorze) anos de reclusão.

Por fim, na terceira fase, não existindo causas aumento da pena, mas tendo sido verificada a ocorrência da causa de diminuição da tentativa, prevista no art. 14, II, do CP, reduzo a reprimenda do Acusado no mesmo patamar estabelecido em Primeiro Grau, 1/2 (metade), tornando-a definitiva em 07 (sete) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente semiaberto, de acordo com o teor disposto no art. 33, § 2º, "b", do CP.

Por tais motivos, dou parcial provimento ao Recurso, unicamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para redimensionar a reprimenda imposta ao Apelante para 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, pelo crime de homicídio qualificado tentado cometido contra o ofendido Leonardo do Rêgo Lins.

É como voto.

Dá análise dos autos, não restam dúvidas de que a culpabilidade adotada para acrescer a pena-base é aquela inerente ao conceito analítico do delito, uma vez que destacado o *"modo consciente e agressivo de agir"* do réu, bem como o fato de que o paciente *"conhecia a ilicitude de sua conduta ao desfestir tiros na vítima"*. É de se ver que, em relação ao primeiro argumento, a consciência da ação é circunstância atinente ao dolo natural, que por sua vez já integra os elementos do tipo, não podendo novamente ser valorada na primeira fase de dosimetria, sob pena de *bis in idem*. O mesmo raciocínio pode ser transplantado para se analisar a agressividade do agente, visto que contida na figura do homicídio, não havendo nos autos elementos que demonstrem que ela tenha sido extraordinária à espécie. De outra banda, a aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade enquanto elemento integrante da estrutura analítica do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal.

Sobre o tema, assim já decidiu este Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE INTENSA. ASPECTO INERENTE AO TIPO. CONDUCTA SOCIAL. FUGA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. SÚMULA Nº 444/STJ. AUSÊNCIA DE MOTIVOS. FUNDAMENTO AFASTADO.

1. A aptidão para compreender o caráter ilícito da conduta não pode ser considerada como circunstância judicial negativa, pois tem relação com a culpabilidade como elemento do crime, não se incluindo no rol do artigo 59 do Código Penal.

2. É inadequada a valoração negativa da conduta social em parâmetros não estabelecidos legalmente como, na espécie, em que a exasperação da pena-base teve como fundamento a fuga do recorrente de estabelecimento prisional.

3. É pacífica a compreensão desta Corte no sentido de que inquéritos ou processos em curso não podem levar ao aumento da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu, nos termos do enunciado nº 444 da Súmula deste Tribunal.

4. A ausência de motivos para a prática do delito tampouco constitui fundamento apto para a majoração da pena, sendo necessária a indicação de um fato concreto que justifique a consideração desfavorável da aludida circunstância.

5. Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp 1500747/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE INDEVIDAMENTE EXASPERADA. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS. ÓBICE AFASTADO. ILEGALIDADE MANIFESTA.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso apropriado. Esse é o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. A fundamentação utilizada pelo Juízo singular para fixar as penas-base acima do mínimo legal, em razão da avaliação negativa de quatro circunstâncias judiciais, deve ser afastada, porquanto inidônea.

3. Em relação à culpabilidade, o Juízo singular não cuidou de averiguar a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, tampouco a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, como requer a circunstância em análise. Ao contrário, retratou a culpabilidade tida como elemento do crime, o que não se admite.

4. Quanto aos motivos e às circunstâncias do delito, tem-se que a procura pelo ganho financeiro fácil e a disseminação de drogas entre as pessoas, em virtude de serem consideradas elementos inerentes ao próprio tipo penal em comento, não se mostram como argumentos idôneos para exasperar a pena-base.

5. No tocante às consequências do delito, os malefícios causados pelas drogas e o risco à saúde pública consistem no próprio resultado previsto para a ação, razão pela qual também deve ser afastada a valoração negativa dessa circunstância judicial.

6. Não é dado ao Tribunal a quo, em recurso exclusivo da defesa, agregar nova fundamentação ao decisum condenatório, considerando como negativa circunstância assim não reconhecida pelo Juiz sentenciante quando da dosimetria, sob pena de incidir na inadmissível reformatio in pejus.

7. Na hipótese, o Tribunal a quo, julgando o recurso de apelação interposto pela defesa, manteve a exasperação com base na natureza e na quantidade de droga apreendida, fundamentação não presente na sentença.

8. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprir pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

9. Afastados os argumentos adotados pelo Juízo de piso para vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não restam óbices à concessão da benesse.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente a 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, à razão mínima, bem como para afastar as vedações legais referentes à fixação de regime inicial diverso do fechado e à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e determinar que o Juízo das Execuções verifique, mediante a análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional mais adequado ao paciente, assim como a viabilidade de conversão da pena corporal.

(HC 266.997/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 09/09/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO.

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

2. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não culpabilidade - Súmula 444 deste STJ.

3. Ao qualificar como "intensa" a culpabilidade, restringiu-se o Juiz de piso à menção de que o réu é comerciante, deduzindo que seria pessoa experiente e de razoável escolaridade. Contudo, tais aspectos são inerentes à culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime. Assim, o fato de o paciente ter condição de conhecer o caráter ilícito da sua conduta constitui um dos pressupostos para a categorização da conduta como criminosa, e não elemento valorativo da sanção contido no art. 59 do Código Penal.

4. Reduzida a pena-base ao mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

5. Agravo a que se dá provimento.

(AgRg no HC 186.097/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 02/04/2012)

Ainda, insurge-se a Defesa quanto à valoração negativa atribuída às "circunstâncias do crime".

Destaco a fundamentação utilizada pela sentença:

(...)

As circunstâncias do delito são os "dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura." Aqui, a referida circunstância judicial deve ser aplicada em desfavor do réu, porque ficou demonstrado nos autos a sua **ousadia no momento de efetuar os tiros na vítima que transfixaram o seu corpo, no ponto de Ônibus que ficava próximo do trabalho da vítima**, o que não beneficia em hipótese alguma o réu.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por sua vez, transcrevo o que restou ponderado pelo Tribunal de Justiça local:

Em se tratando das circunstâncias do crime, vale esclarecer que estas se relacionam ao ***modus operandi*** utilizado na prática do crime, influenciando em sua gravidade, embora não componham o crime.

Dessa forma, diante das informações colhidas no curso do feito, entendo que tal circunstância deve ser valorada negativamente ao Acusado, uma vez que, como consignado pelo Magistrado a quo, o **fato delitivo foi perpetrado em via pública, no momento em que o Ofendido aguardava em um ponto de ônibus próximo ao seu trabalho, o que demonstrou a elevada ousadia do Apelante na prática delitiva.**

Constata-se que não foram arrolados dados concretos a justificar a exasperação da pena em relação a esta circunstância judicial, haja vista que os Juízos de origem teceram, tão somente, considerações vagas e genéricas, porquanto o fato de o crime ter sido perpetrado em via pública em nada representa desvalor que ultrapassa o *modus operandi* relativo ao tipo penal violado (homicídio qualificado). A esse propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO. RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO CONCEDIDA NA ORIGEM. PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação.

3. A mera alegação de que o paciente guardava a droga em sua própria residência, sem a indicação de qualquer elemento concreto dos autos que efetivamente evidenciasse a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, não autoriza concluir-se pela desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade.

4. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Incidência da Súmula n. 444/STJ).

5. A busca pelo lucro fácil constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado (tráfico de drogas), não podendo, por isso mesmo, ensejar a valoração negativa dos motivos do crime.

6. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todo, bem como o fato de ele desestabilizar a pacificação social, constituem elementos genéricos, que serviriam para qualquer crime de narcotráfico abstratamente considerado, razão pela qual não podem ensejar a exasperação da pena-base, a título de consequências desfavoráveis do crime.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 3 anos de reclusão e pagamento de 50 dias-multa. Prejudicado o pedido de progressão de regime, pela perda de objeto".

(HC 61.007/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS TERMOS DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DEVIDAMENTE INTIMADO. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL A OUTRO DEFENSOR QUANDO JÁ CONSUMADA A PRECLUSÃO TEMPORAL. 2. DOSIMETRIA REALIZADA DE FORMA EQUIVOCADA. VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE CONSTANTE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE TRÁFICO. PATENTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 3. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. É facultado à parte interpor o recurso de apelação com a apresentação das razões recursais perante o Tribunal de Justiça, conforme disposição do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Inexiste nulidade, se o advogado constituído do réu, a despeito de regularmente intimado pela imprensa oficial, permanece inerte e não apresenta as razões de apelação.

2. O substabelecimento a novo advogado, após o transcurso do prazo para a apresentação das razões do recurso de apelação, não impõe a reabertura do lapso para o protocolo da peça processual e nem obriga à intimação do novo causídico para fazê-lo, haja vista a ocorrência de preclusão lógica (perda de uma faculdade processual), recebendo o defensor o processo no estado em que se encontra. A inércia do advogado constituído pelo réu, que perde o prazo para a apresentação das razões recursais, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos.

3. A reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior viola os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, por permitir manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro do prazo previsto em lei.

4. Patente ilegalidade constante na dosimetria da pena, haja vista a culpabilidade ter sido valorada com base no conceito analítico de crime, bem como em razão de os motivos - lucro fácil - e as consequências - prejuízo à saúde pública - serem inerentes ao tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal de tráfico de drogas. Possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, com extensão da ordem ao corrêu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício, para redimensionar a pena do agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, com extensão da ordem ao corrêu Jaime Andrade Carvalho, cuja pena vai definida em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação".

(AgRg no Ag 1319158/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013).

"HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. ROUBO SEGUIDO DE MORTE. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REAJUSTAMENTO DAS SANÇÕES.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de dezoito anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no art. 1º da Lei nº 2.252/54. Precedentes.

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

3. Extraí-se, na espécie, que as penas-base foram estabelecidas acima do mínimo legal tanto em relação ao roubo seguido de morte quanto à corrupção de menores. Contudo, não andou bem a sentença nessa parte, uma vez que teceu considerações de aspecto genérico e mesmo inerentes aos próprios tipos penais, razão pela qual devem ser reduzidas ao mínimo legal, respectivamente, de 20 (vinte anos) de reclusão e 10 (dez) dias-multa - roubo seguido de morte - e 1 (um) ano de reclusão - corrupção de menores.

4. Quanto ao crime de roubo seguido de morte, a culpabilidade foi considerada elevada pelo fato de o paciente ter efetuado disparo de arma de fogo contra a vítima, em companhia de um menor. Todavia, o resultado morte, que somente foi alcançado por meio do disparo da arma, é inerente à figura típica, não se olvidando que o paciente foi condenado pelo delito autônomo de corrupção de menores.

5. O mencionado anseio pelo vantagem econômica indevida constitui motivação própria dos crimes contra o patrimônio, remarcando-se que o fato de a infração ter sido cometida de madrugada e em plena via pública não consubstancia desvalor que ultrapassa o modus operandi comum a tais delitos.

6. No tocante ao delito de corrupção de menores, valeu-se o magistrado de considerações próprias a essa infração, tais como a de que o réu agira "com culpabilidade no grau mais elevado, merecendo sua conduta séria reprovação social, notadamente por ter permitido a atuação de menor de idade na prática de crime e ter dele se servido para o propósito da subtração, atuando a seu lado e o incentivando".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. A atenuante de menoridade prevalece sobre a agravante de emboscada. Precedentes.

8. Ordem concedida parcialmente para reduzir a pena do paciente a 21 (vinte e um) anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, pelos crimes de roubo seguido de morte e corrupção de menores.

(HC 150.231/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 25/05/2011)

Passo, então, ao novo cálculo da pena:

Afastadas as duas citadas circunstâncias judiciais negativas, fixo a pena-base em 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pois persiste a consideração desfavorável dos antecedentes. Na segunda fase da dosimetria, em razão da atenuante da confissão espontânea – art. 65, III, letra "d" –, reduzo a pena para 12 (doze) anos de reclusão. Por fim, na terceira fase, deve incidir a redução da reprimenda no patamar de 1/2 (metade) em razão do *conatus*, tornando-se definitiva a sanção em 06 (seis) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **Concedo a ordem, de ofício**, para fixar a pena do paciente em 06 (seis) anos de reclusão, mantidos, no mais, os termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0165437-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 329.745 / AL
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00344095620098020001 344095620098020001

EM MESA

JULGADO: 15/09/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
PACIENTE	: MARCELO DO ESPIRITO SANTO CAVALCANTE

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.