HABEAS CORPUS Nº 463.280 - SP (2018/0200628-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	EDSON PEREIRA BELO DA SILVA
ADVOGADO	:	EDSON PEREIRA BELO DA SILVA - SP182252
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	HERON BONFIM DE SOUZA REIS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE DO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA *E*, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERAÇÃO DO *ITER CRIMINIS*. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de HERON BONFIM DE SOUZA REIS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0002482-59.2007.8.26.0006).

Consta dos autos que o Paciente foi pronunciado pela prática do delito tipificado art. 121, § 2º, inciso III, c.c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por tentar envenenar sua companheira oferecendo-lhe chocolate com veneno para rato. A vítima ingeriu o doce envenenado mas passou mal e procurou atendimento médico, que lhe preservou a vida.

O Conselho de sentença condenou o réu nos termos da pronúncia.

O Juiz Presidente do Tribunal do Júri fixou a reprimenda em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, pois estabeleceu a pena-base no mínimo legal e a redução pela tentativa no patamar máximo de 2/3 (dois terços). Em sede de embargos de declaração, outrossim, afastou a aplicação da agravante do art. 61, inciso II, alínea *e*, do Código Penal, porque o réu não era casado com a vítima e não é possível ampliar o alcance do citado dispositivo legal para que abranja companheiro.

Defesa e Ministério Público apelaram: a primeira buscou a anulação do julgamento por ser manifestamente contrário à prova dos autos; o segundo requereu o aumento da pena-base, a aplicação da causa de diminuição, em razão da tentativa, em seu

mínimo legal, por conta do *iter criminis* percorrido e a fixação de regime fechado para o cumprimento da pena privativa.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao apelo defensivo, fixando a pena do réu em 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, em acórdão assim ementado (fl. 25):

> *"Apelações. Tribunal do Júri. Sentença que condenou o réu por homicídio qualificado pelo emprego de veneno, na modalidade tentada. Recursos da acusação e da defesa. 1. Alegação da defesa de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Não configuração. A decisão a que alude o artigo 593, III, 'd', do Código de Processo Penal é somente aquela sem qualquer amparo no quadro probatório, diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos (artigo 5º, XXXVIII, d, da CF). 2. Pena que comporta reparo. 3. Recurso do Ministério Público parcialmente provido. Apelo do réu improvido."*

No presente *mandamus*, o impetrante alega constrangimento ilegal porque *"a agravante do artigo 61, inciso II, e (ex-companheiro), do Código Penal, não poderia ser computada na pena pelo Tribunal de Justiça porque não foi ela descrita na denúncia e nem sustentada pela acusação perante o Conselho de Sentença"* (fl. 5).

Reclama que (fl. 9):

> *"Quanto ao regime fechado - muito mais gravoso ao paciente acusado - requerido pela Acusação, devemos lembrar que ele não se amolda ao caso em concreto, mesmo que a agravante almejada venha a ser acolhida, uma vez que o seu acolhimento não tem o condão de majorar a pena para níveis que precisasse de segregação inicialmente no regime fechado."*

Salienta que *"a pena aplicada passou de 04 anos em regime aberto para 07 anos de reclusão em regime fechado, sem, contudo, ser apresentado, ainda que minimamente, os verdadeiros motivos que quase dobraram a pena aplicada pela r. Sentença, contrariando assim o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal"* (fl. 9-10).

Requer, liminarmente, a suspensão da execução da pena. No mérito, pretende anular o acórdão impugnado e restabelecer a pena de 4 (quatro) anos de reclusão em regime aberto ou a redução da reprimenda para que seja fixada em 5 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido pela Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, então Relatora, nos termos da decisão de fls. 35-36.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 40-54 e 57-59.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 62-68, opinando pelo denegação da ordem *habeas corpus*.

É o relatório. Decido.

Da leitura dos autos, depreende-se dos autos que a sentença condenatória, ao fixar a dosimetria da pena relativa ao crime de homicídio qualificado tentado, explicitou os seguintes fundamentos (fls. 21-22):

> *"Na primeira fase do cálculo, verifica-se que as circunstâncias judiciais são inteiramente favoráveis ao réu.*
>
> *Ele não registra maus antecedentes. Não existem nos autos elementos que permitam valorar negativamente a conduta social ou personalidade do réu.*
>
> *A culpabilidade do acusado é inerente ao tipo penal, não tendo se verificado nenhum excesso. Os motivos, as circunstâncias e consequências do crime são normais à espécie. Por fim. não há comportamento vitimológico a ser analisado, visto que a vítima em nada contribuiu para o crime.*
>
> *Nesse passo, fixo a pena-base no piso legal, em 12 (doze) anos de reclusão.*
>
> *Não estão presentes agravantes ou atenuantes.*
>
> *Na derradeira etapa da dosimetria. a pena deve ser reduzida em razão da*
> *tentativa. Tendo em vista o* iter criminis *percorrido, levando-se em consideração, ainda, que a vítima sofreu apenas lesões corporais leve, possível a redução no patamar máximo, qual seja. 2/3 (dois terços), operação que resulta na sanção de 04 (quatro) anos de reclusão.*
>
> *Em razão da primariedade e quantidade de pena aplicada, o réu poderá inicial o cumprimento da reprimenda no regime aberto, como autoriza o art. 33, § 2º, c, do Estatuto Repressivo."*

O Tribunal *a quo*, ao dar provimento ao apelo acusatório para redimensionar a pena do Paciente, exarou a seguinte fundamentação (fls. 30-31):

> *"No caso vertente, existem circunstâncias judiciais que incrementam o grau de culpabilidade da conduta, autorizando a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Neste sentido: (a) o acusado entregou o alimento envenenado como um presente, referindo-se, inclusive, que era para ser consumido também por seus filhos, ou seja, usou de estratagema para ludibriar a ofendida, levando-a a ingerir o chocolate (veja-se que era possível até que seus filhos viessem a comer o produto); (b) a prova oral e documental dá conta de que o acusado comportava-se de maneira agressiva em face da vítima durante o relacionamento (agressões e ameaça de morte). Assim sendo, fica estabelecida a pena de partida em 14 anos de reclusão (1/6 acima do*

mínimo legal).

Na segunda fase, não é o caso de se proceder a qualquer mudança em relação à pena-base, em razão da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na etapa derradeira, tendo em conta o 'iter criminis', a hipótese é de redução da pena na metade. A acusada chegou a ingerir o veneno, tendo ficado internada no hospital por três dias (fls. 101), vindo a sofrer lesões corporais (fls. 148/149). Ou seja, avançou-se consideravelmente na execução, não sendo o caso de redução no máximo percentual previsto em lei. Assim sendo, tem-se uma pena final de 7 anos de reclusão.

Por sua vez, tendo em conta a acentuada reprovabilidade penal da conduta, tal como anotado quando da fixação da pena-base (atentando-se para a forma de execução e personalidade do acusado), vale dizer, assertiva feita com base em dados concretos da causa, o regime inicial da pena privativa de liberdade há de ser o fechado, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do delito."

Como se vê, a Corte de origem valorou negativamente a circunstância judicial da culpabilidade do réu, tendo em vista que o Paciente portava-se de maneira agressiva contra a vítima e praticou a conduta com estratagema envolvendo seus filhos, que correram o risco de também serem envenenados.

Com efeito, tal fundamento não é ínsito ao tipo penal e, ademais, é elemento concreto apto a alicerçar maior desvalor aos atos praticados pelo Paciente, de forma que a exasperação da pena-base levada a efeito pelo Tribunal *a quo* contém fundamentação idônea para esse fim. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO TENTADO, HOMICÍDIO CONSUMADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. LEGALIDADE. PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. ILEGALIDADE MANIFESTA.*

1. ***Não há ilegalidade a ser sanada pela negativação das vetoriais referentes à culpabilidade e às circunstâncias do delito, pois amparadas em elementos concretos extraídos dos autos que extrapolam aqueles ínsitos aos crimes, tais como a utilização de menor de idade para a execução do crime e o*** **modus operandi** ***da ação delituosa, em que os disparos foram iniciados no meio da rua, prolongando-se para o interior da residência de pessoas inocentes, onde havia outra criança e uma mulher grávida****.*

[...]

3. Ordem concedida para redimensionar a pena do paciente para 15 anos, 10 meses e 26 dias de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal a quo*."* (HC 243.829/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em

17/08/2017, DJe de 29/08/2017; sem grifos no original.)

Insta salientar, ainda, que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base.

Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada **juridicamente adequada** caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em **discricionariedade guiada ou vinculada** (MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 28).

Por um lado, isso significa que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja **necessária e suficiente** para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Por outro, a margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em *habeas corpus*, seja em recurso especial, o juízo de valor acerca do grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente **ilegalidade** ou **desproporcionalidade**.

Exemplificativamente:

> *"[...]. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie. [...]"* (AgRg no REsp 1.717.036/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018.)

> *"Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais."* (HC 379.112/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018.)

Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da **proporcionalidade** da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena **deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal reconhecidas como desfavoráveis ao réu**, **salvo** em **hipóteses excepcionais**, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular.

Sendo assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos – como, por exemplo, os de 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto) por vezes sugeridos pela doutrina –, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um **juízo de coerência** entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o *quantum* de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos parecidos.

Na hipótese dos autos, a instância antecedente exasperou em 1/6 (um sexto) a pena-base, considerando a exacerbada culpabilidade do recorrente.

Considerando-se o intervalo da pena abstrata cominada ao crime (12 a 30

anos de reclusão) e a gravidade concreta do delito, não se mostra desproporcional ou desarrazoado o aumento de 2 (dois) anos da pena-base em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável.

Em caso análogo, esta Corte Superior decidiu da seguinte forma:

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO JULGAMENTO. TESTEMUNHA. CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA. IRRELEVÂNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CP. COMPENSAÇÃO.*
>
> *[...]*
>
> *5. No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, pode haver a valoração negativa da culpabilidade, uma vez que o fato de o acusado ter praticado os crimes no lar da família, ambiente de segurança, conforto e tranquilidade, torna a reprovabilidade da conduta delitiva mais acentuada, motivo pelo qual a pena-base pode ser sopesada, pois aponta para maior reprovabilidade da conduta. Nessa linha, tendo o acusado realizado cinco disparos dentro de uma cozinha de aproximadamente vinte metros quadrados, na qual estavam presentes cerca de seis familiares, colocou todos em risco, o que revela um maior grau de reprovação da conduta, apta a justificar a necessidade de resposta penal mais severa.*
>
> *6.* ***A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.***
>
> *7. Acertada a decisão singular que efetuou, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante do art. 61, inciso II, alínea 'f', do CP, porquanto igualmente preponderantes.*
>
> *8. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1.168.233/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018.)

No que diz respeito ao alegado constrangimento ilegal pela aplicação da agravante do art. 61, inciso II, alínea *e*, do Código Penal, não há interesse processual a amparar a pretensão mandamental, pois a sanção penal não foi exasperada pelo fato de o réu ser companheiro da vítima, sendo o recurso de apelação do Ministério Público desprovido nesse ponto.

De outra banda, no tocante ao pedido de que seja aplicada a fração

máxima de redução, 2/3 (dois terços), pela tentativa, constato que a redução da pena privativa de liberdade em razão da não consumação do delito foi aplicada com base no *iter criminis* percorrido pelo Agente – levando em consideração que a vítima ingeriu o veneno, ficou internada por três dias e sofreu lesões corporais, não tendo sido alcançado o resultado pelo imediato socorro médico –, não se mostrando inidôneo tal proceder.

Nessas condições, a inversão do julgado, de forma a verificar se, na hipótese dos autos, deve ser aplicada a fração máxima do redutor ora examinado, implicaria, necessariamente, profunda análise do arcabouço fático-probatório atinente ao caso, o que é defeso na via estreita do *habeas corpus.*

A propósito:

> "HABEAS CORPUS. *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. NULIDADE. NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO* HABEAS CORPUS. *DOSIMETRIA. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. LEGALIDADE. TENTATIVA. REDUÇÃO EM 1/2 (METADE). ADEQUAÇÃO. REVISAR A FRAÇÃO. INVIABILIDADE DO REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CP*. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*
>
> [...]
>
> *V - A redução da pena em razão da tentativa, no montante de 1/2 (metade), no caso, levou em conta o* iter criminis *percorrido quase em sua totalidade, uma vez que a vítima foi atingida por diversos golpes de faca, em regiões vitais, afigurando-se a gravidade das lesões, inclusive porque teve que ser submetida a cirurgia e ficou diversos dias internada. Para modificar esta conclusão, seria necessária aprofundada análise do acervo probatório da ação penal, medida inviável no* habeas corpus.
>
> [...]
>
> Habeas corpus *não conhecido."* (HC 450.592/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe de 21/08/2018)

> *"PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. QUESITO REFERENTE À DESCLASSIFICAÇÃO FORMULADO ANTERIORMENTE AO QUESITO DA ABSOLVIÇÃO. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS QUESITOS NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA TENTATIVA.* ITER CRIMINIS. *NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO.*

> *INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, CPP. ANÁLISE IRRELEVANTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.* HABEAS CORPUS *DENEGADO.*
>
> [...]
>
> *5. Estando devidamente fundamentada a redutora da tentativa, a pretensão de estabelecimento da fração máxima em razão do* iter criminis *percorrido exigiria o revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a via eleita. Precedente.*
>
> [...]
>
> *8.* Habeas corpus *denegado."* (HC 408.596/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

Por fim, não subsiste o pleito pela fixação do regime inicial semiaberto para o Paciente, porquanto, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em observância às balizas contidas nos §§ 2.º e 3.º do art. 33 do Código Penal, reconhecida a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente majoração da pena-base além do mínimo legal, cabível o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do *habeas corpus* e, nessa extensão, DENEGO a ordem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora