HABEAS CORPUS Nº 512.019 - PB (2019/0148735-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	HUGO CORREIA DE ANDRADE
ADVOGADOS	:	HUGO CORREIA DE ANDRADE - PE028290
		RONALDO RODRIGUES JORDÃO - PE034782
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE	:	EDUARDO ESTEVAM NASCIMENTO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **EDUARDO ESTEVAM NASCIMENTO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos e 8 meses de reclusão, em regime prisional fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal (e-STJ, fls. 16-18).

Irresignadas, ambas as partes apelaram ao Colegiado de origem, que desproveu os recursos, nos moldes da seguinte ementa:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DO RÉU E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELO ACUSADO. ALEGADA INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA DO REPRESENTANTE MINISTERIAL EM PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. QUALIFICAÇÃO DO AGENTE COMO PSICOPATA. ADJETIVAÇÃO QUE, DIANTE DO CONTEXTO, NÃO IMPORTA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE PROCESSUAL DE INSANIDADE MENTAL. 2. MÉRITO. 2.1. PEDIDO DA DEFESA DE REALIZAÇÃO DE NOVO JÚRI. INVIABILIDADE.TESE DEFENSIVA DE DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA RECHAÇADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA, AO DECIDIR QUE O HOMICÍDIO NÃO SE CONSUMOU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. RECONHECIMENTO DO *ANIMUS NECANDI* . DECISÃO QUE NÃO SE ENCONTRA CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL IMPRATICÁVEL. 2.2 DOSIMETRIA. 2.2.1. PRETENSÃO DO RÉU DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MEDIDA QUE NÃO MERECE GUARIDA. EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE, SEM QUE CONFIGURE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ANALISADAS IDONEAMENTE. DESCOLAMENTO DA PENA-BASE DO MÍNIMO SEM CENSURA. 2.2.2. RECURSO DO MP - PEDIDO DE EXCLUSÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO PARCIAL OU QUALIFICADA QUE AUTORIZA O BENEFÍCIO DA ATENUANTE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545 DO STJ. 2.2.3. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA NO PATAMAR MÍNIMO (1/3 – UM TERÇO). RÉU QUE ALMEJA A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3 - DOIS TERÇOS). NÃO ACOLHIMENTO. CONDUTA DO AGENTE QUE PERCORREU TODO ITER CRIMINIS E SÓ NÃO SE CONSUMOU, CONFORME DECIDIDO PELO CONSELHO DE SENTENÇA, POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO RÉU. 3. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. A preliminar de nulidade suscitada pelo réu deve ser rejeitada, tendo em vista que a representante ministerial não inovou na sua manifestação em plenário, tampouco, ao adjetivar o agente como psicopata, dentro do contexto argumentativo, teve o intuito de arguir enfermidade psíquica que importasse a instauração de incidente processual de insanidade mental. Ausente, ademais, prejuízo ao réu, descabe acolher essa prefacial.

2. No mérito, o réu requereu a realização de novo júri e, sucessivamente, a redução da pena. O Ministério Público, por seu turno, pleiteou a exclusão da atenuante da confissão espontânea.

2.1. Ao reconhecer que a consumação do homicídio não se realizou por circunstâncias alheias à vontade do agente, o Conselho de Sentença afastou, automaticamente, a tese defensiva da desistência voluntária, pois são contextos incompatíveis. A desclassificação pretendida para lesão corporal não merece guarida, máxime porque os jurados se convenceram da presença do animus necandi, não havendo se falar, diante da conduta do réu e da gravidade das lesões suportadas pela ofendida, em decisão contrária às provas dos autos.

2.2. A dosimetria foi objeto de insurgência do réu, na 1ª e 3ª fases, bem como do Ministério Público, especificamente na 2ª fase.

2.2.1. (1ª Fase) – A existência de duas qualificadoras autoriza a utilização de uma delas para definir o quantum de pena em abstrato e de outra na fixação da pena-base, sem que isso implique em violação ao princípio do non bis in idem.

Na espécie, o motivo fútil qualificou o delito e a aplicação de meio que impossibilitou a defesa da vítima serviu para valorar negativamente o vetor "circunstâncias do crime". Além disso, a análise idônea das circunstâncias judiciais autorizam a manutenção da pena-base, fixada em 14 anos de reclusão.

- Do STJ: "Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial, na primeira fase da etapa do critério trifásico." (HC 385.220/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017).

> 2.2.2. (2ª Fase) – Recurso do MP – Em interrogatório, o acusado não reconheceu o intento de matar a vítima, mas confessou ter desferido os golpes contra ela e a abandonado no canavial. Não obstante a insurgência ministerial, considerando que essa confissão, mesmo parcial, influenciou a decisão condenatória do Conselho de Sentença, o réu faz jus ao benefício da confissão espontânea, nos moldes da Súmula 545, do STJ, que reduziu a pena em 01 ano, chegando-se à pena intermediária de 13 anos de reclusão.
> - "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal." (Súmula 545, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).
> 2.2.3. (3ª Fase) - O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência do STJ adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.
> - In casu , o Laudo Traumatológico concluiu que não houve perigo de vida. Porém, a gravidade das lesões decorrentes das agressões perpetradas pelo réu se mostrou inconteste na referida prova técnica, autorizando afirmar que a conduta do agente percorreu todo iter criminis e só não se consumou, conforme decidido pelo Conselho de Sentença, por circunstâncias alheias.
> - Na terceira fase da dosimetria, deve ser mantida a diminuição da pena em 1/3 sobre a pena intermediária de 13 anos de reclusão, que resultou na reprimenda definitiva em 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, a qual merece confirmação por esta Corte.
> 3. Preliminar rejeitada e recursos desprovidos" (e-STJ, fls. 19-21).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (e-STJ, fls. 34-43).

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "a fundamentação utilizada para manutenção do regime fechado, não se mostra idônea ao caso concreto, na medida em que a suposta gravidade de conduta não é adequada a fixação de regime mais gravoso, ao arrepio das Súmulas 718 e 719 do STF"; b) "as circunstancias sociais preponderantes são favoráveis ao Réu, visto que, é primário, possui bons antecedentes, profissão definida, e residência fixa, de tal sorte, que não se mostra adequado pela sua primariedade a fixação de regime mais gravoso do que a pena permite"; c) "a valoração das circunstancias judiciais, são inidôneas, na medida em que, o fato da vítima supostamente não ter tido chance de defesa, é inerente a qualificadora do Inciso IV, do art. 121, não podendo ser valorado na pena base, sob pena de configuração de *bis in idem*"; d) "igualmente a questão do sofrimento físico, eis que trata-se de mero euxarimento do tipo penal. (homicídio tentado)"; e) "ao aplicar a pena base, não se pode valorar circunstancias quando já inerentes ao tipo penal qualificado, ou que se refiram a outra circunstância que não a valorada"; f) "na terceira fase, aplicou a redução da tentativa em 1/3 (mínimo legal), tornando a pena concreta em 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão"; g) "a pena base aplicada deve ser reduzida ao mínimo legal, pois, o

apelante é primário, ostenta bons antecedentes, ocupação lícita e não possui personalidade voltada para a criminalidade"; h) "a redução da tentativa varia de 1/3 a 2/3, e a fundamentação dar-se-á através de critérios objetivos sobre o *iter criminis* percorrido. Quanto mais próximo do resultado morte, menor a redução da tentativa, todavia, no caso em tela a prova técnica, é clarividente, quanto, a ausência de risco de vida" (e-STJ, fls. 1-15).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja reduzida a pena-base ao piso legal, bem como seja reduzida a pena pela tentativa em 2/3, estabelecendo-se o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 47), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 98-100).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Magistrado processante, ao promover a dosagem que pena, reconheceu:

> "A culpabilidade é induvidosa, agindo dolosamente o réu demonstrou desvalor ao resultado, eis que, com pleno grau de determinação consciente praticou a ação delituosa. Os antecedentes do réu são bons. Os motivos que conduziram o réu à prática de tal conduta encontram-se revelados, como sendo de natureza fútil, em virtude da vítima qualificar o crime, não podendo ser novamente considerado desfavorável ao agente, sob pena de dupla valoração. Conduta social e personalidade ser consideradas desfavoráveis ao agente, vez que o acusado demonstrou frieza ao agir, tendo agredido a vítima de forma extremamente violenta, nenhuma chance de defesa, vez que após agredi-la, abandonou-a a própria sorte de um canavial. O comportamento da vítima não contribui, aparentemente, para o desfecho do crime. As consequências foram danosas, não atingindo limites maiores, em razão da ofendida ter sido socorrida por terceiros.
>
> Com base nas circunstâncias acima analisadas, fixo-lhe, em primeira fase, a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão, acima do mínimo legal em razão da vítima ter sido submetida a excessivo e necessária sofrimento físico, além de não ter tido chance de defesa e não contribuído para ação delituosa.
>
> Em atenção a terceira fase de aplicação da pena e se tratar de crime

> tentado, reduzo a reprimenda em 1/3 (um terço) (art. 14, II, do CP), vez que ação do acusado não atingiu por pouco a consumação delitiva, pelo que fixo a reprimenda em 8 anos e 8 meses de reclusão, a qual torno definitiva à míngua de outras circunstâncias a considerar, a ser cumprida inicialmente no regime fechado em presídio de João Pessoa" (e-STJ, fls. 91-93).

Quanto à pena-base, percebe-se que a pena-base foi exasperada em razão da circunstâncias do crime.

Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza acidental que envolvem o fato delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de homicídio qualificado, pois o paciente agrediu a vítima de forma extremamente violenta, resultando debilidade permanente da função mastigatória, não lhe dando chance de defesa, tendo após agredi-la, abandonado a ofendida em canavial.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.
> Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> 2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.
> 3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não

viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

6. **Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.**

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

I - **Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.**

II - **Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo *modus operandi* e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação**

> **concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).**
> Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 749.151/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 16/5/2016, grifou-se).

Ademais, considerando a prática de homicídio duplamente qualificado, descabe falar em fixação da pena-base em patamar próximo ao piso legal, já que, a teor da jurisprudência desta Corte, "havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal" (HC 402.851/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/9/2017, Dje 21/9/2017).

Quanto à aplicação de maior redutor de pena, em face do crime tentado, assinale-se que o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

No caso em apreço, as instâncias ordinárias aplicaram a redução pela tentativa em 1/3, tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelo agente, pois a ação do acusado não atingiu por muito pouco a consumação delitiva.

Não há, portanto, nenhuma ilegalidade a ser reparada. De mais a mais, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do remédio heróico, demanda o revolvimento da matéria probatória, situação vedada no âmbito da via eleita.

Veja-se:

> PENAL *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR GENÉRICO DA TENTATIVA APLICADO NA FRAÇÃO DE 1/2 MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ITER CRIMINIS CONSIDERADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO BASEADO EM CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> III - Na hipótese, o eg. Tribunal de origem procedeu a adequação da fração aplicada, aumentando-a de 1/3 (um terço) para 1/2 (metade) levando em conta o critério do iter criminis percorrido, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão está em consonância com jurisprudência desta Corte, que no tocante a

> diminuição da pena pela tentativa deve se considerar o iter criminis percorrido pelo agente para a consumação do delito.
> IV - Para se concluir de maneira diversa acerca da aplicação do redutor legal, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento que não se admite na via estreita do habeas corpus. Precedentes.
> [...]
> Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação. (HC 458.656/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018)

Nesse passo, mantido o *quantum* de pena estabelecido no decreto condenatório, ou seja, em patamar superior a 8 anos de reclusão, e tendo a pena-base sido fixada acima do piso legal, descabe falar em fixação do meio prisional semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.

Ante o exposto, não se verifica flagrante ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior, razão pela qual **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se,. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator