

HABEAS CORPUS 120.165 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : ANDRÉ ACÁRIO SIEBRA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de André Acário Siebra, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que rejeitou os Embargos Infringentes nº 16-67.2011.7.03.0203/DF.

Sustenta a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, em razão da incidência das circunstâncias agravantes previstas no art. 70 do Código Penal Militar aos crimes culposos.

Nesse contexto, entende que,

“[o] acórdão do STM, mantendo a incidência de agravantes na dosimetria da pena em crime de natureza culposa, potencialmente viola os incisos XV, XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, pois impõe reprimenda superior à justa e necessária, indevidamente limitando a liberdade de locomoção do paciente ao incorretamente realizar a individualização da pena.

A questão da incidência, ou não, de agravantes subjetivas na dosimetria da pena, em crime de natureza culposa, possui exígua jurisprudência nesta corte. Foram encontradas apenas duas, nenhuma delas recente, e com posicionamentos opostos: o HC 62.214-3, de 1984, no qual é afastada a incidência das agravantes em crimes culposos, e o HC 70.362, de 1993, em que o entendimento é pela possibilidade de sua incidência.

Também na doutrina existem posicionamentos divergentes, tanto contrários, quanto favoráveis. Filiamo-nos à

HABEAS CORPUS 120.165 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato do Superior Tribunal Militar, que rejeitou os Embargos Infringentes nº 16-67.2011.7.03.0203/DF.

Narra a impetrante, na inicial, que:

“(…)

O paciente foi denunciado por homicídio culposo decorrente de acidente de trânsito (fls. 02-05, numeração dos autos originais).

Julgado pelo Conselho Permanente de Justiça, o paciente foi condenado à pena total de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses; com a pena base fixada em 02 (dois) anos, acima do mínimo legal de 01 (um) ano, aplicação de agravantes na proporção de 1/4 (um quarto) e causas de aumento da pena na proporção de 1/3 (um terço) (fls. 611-647).

A Defensoria Pública apelou da sentença (fls. 664-676v), a qual restou integralmente mantida pelo acórdão do STM, em decisão majoritária (fls. 1029-1058).

Na aplicação de pena, entenderam os julgadores anteriores pelo reconhecimento das majorantes de ter sido cometido o crime por motivo fútil e estar a vítima sob a proteção de autoridade, o que, no entender da defesa, não deve prevalecer, uma vez que o crime é culposos.

Eis o brevíssimo relato dos fatos” (fl. 2 da inicial).

Daí a interposição ao Superior Tribunal Militar da Apelação nº 16-67.2011.7.03..0203/RS, a qual aquela Corte Castrense negou provimento em decisão assim ementada:

“Apelação. Homicídio culposos. Lesões Corporais. Multiplicidade de vítimas. Preliminar de incompetência da

Justiça Militar. Rejeição. Preliminar de nulidade. Indeferimento de prova pericial. Elementos do crime culposo. Agravante em crime culposo. Individualização da pena. Prequestionamento de matéria constitucional.

Preliminar de incompetência da Justiça Militar para conhecer e julgar o presente processo suscitada pela Defensoria Pública da União.

Reputa-se como incabível a arguição de incompetência da Justiça Castrense quando o crime é praticado por militar contra militar em situação de atividade, no exercício de função militar, nos termos do art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM.

Preliminar rejeitada.

Decisão unânime.

Preliminar de nulidade do presente feito suscitada pela Defensoria Pública da União, mediante a alegação de cerceamento de defesa.

O indeferimento do pleito de produção de prova pericial não tem o condão de macular o princípio constitucional da ampla defesa, sendo perfeitamente legal. Ao se configurar a hipótese prevista no art. 315, parágrafo único, do CPPM, salvo no caso de exame de corpo de delito, o juiz poderá negar a perícia se a reputar desnecessária ao esclarecimento da verdade.

Preliminar rejeitada.

Decisão unânime.

Incabível alegação da Defesa, quando argumenta a ausência dos elementos característicos do crime culposo, por não existir prova nos autos; e ajuste na individualização da pena.

Para que se configure o delito culposo, deve ser comprovada a imprudência, a negligência ou a imperícia do agente. A culpa é caracterizada pelo fato de o agente não ter previsto um resultado de sua própria conduta, que deveria tê-lo como previsível, evitando sua consumação.

Inobservância do dever de cuidado evidenciada, dada a circunstância de o Apelante ter assumido a direção de veículo automotor, sem justo motivo.

Presentes os elementos formadores do crime culposos: conduta voluntária; resultado não intencional; inobservância do dever de cuidado e atenção; previsibilidade e ausência de previsão por parte do Acusado.

Fixação da pena acima do mínimo legal motivada com base no elevado grau de culpa do agente — por ter agido de forma imprudente, negligente e com imperícia.

A doutrina admite a incidência de agravantes em crimes culposos, justamente porque compreendem a idéia de que a agravante referente ao motivo pode estar ligada à conduta voluntária culposa, e não ao desejo, direto ou indireto, na produção do resultado.

Cabível a aplicação do aumento de pena do art. 206, § 2º, do CPM na proporção de 1/3 (um terço), em atenção à pluralidade de vítimas, sendo uma fatal e mais 3 (três) decorrentes de lesões corporais acentuadas, que ocasionaram o afastamento dos Ofendidos por vários dias de suas funções habituais.

A Sentença atendeu corretamente ao Princípio da Individualização da Pena, que tem matiz constitucional no art. 52, inciso XLVI, da CF/88, e visa evitar a injusta padronização da sanção penal. A correta aplicação da individualização da pena impede igualar, em tabula rasa, os casos de culpa leve, média e grave.

Autos não atestam qualquer afronta aos dispositivos constitucionais citados especificamente para prequestionamento.

Apelo desprovido.

Decisão por maioria” (www.stm.jus.br)

Diante dessa decisão, interpôs a defesa os Embargos Infringentes nº 67.2011.7.03..0203/DF, que foram rejeitados em decisão assim sintetizada:

“EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO CULPOSO. LESÕES CORPORAIS. MULTIPLICIDADE DE VÍTIMAS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENA-BASE ACIMA DO

MÍNIMO LEGAL. MOTIVO FÚTIL VÍTIMA SOB IMEDIATA PROTEÇÃO DA AUTORIDADE. INCIDÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES. EMBARGOS REJEITADOS.

Afigura-se correta a cominação da pena-base acima do mínimo legal, em observância ao art. 69 da Lei Penal Militar, considerando o elevado grau de culpa do embargante. A conduta é acentuadamente reprovável, consubstanciada em dirigir de forma imprudente, negligente e com imperícia, em alta velocidade, sem carteira de motorista, ocasionando acidente automobilístico que culminou com o falecimento de um militar e com lesões corporais em outros três colegas de farda.

Do mesmo modo, irretocável o aumento da pena em % (um quarto), em face da aplicação das circunstâncias agravantes relativas ao motivo fútil e por estar a vítima sob imediata proteção da autoridade (art. 70, inciso II, alíneas "a" e "i", c/c os arts. 73 e 74, todos do CPM).

Respeitadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, verifica-se a possibilidade da incidência de circunstância agravante em crime culposo, desde que diretamente relacionada com a conduta voluntária adotada, e não com o resultado desejado ou de risco assumido, próprio da modalidade dolosa.

Acertado, igualmente, o aumento da pena-base, com fulcro no art. 206, § 22 do CPM, na proporção de 1/3 (um terço), tendo em vista a multiplicidade de vítimas, o grau de culpa e a gravidade do resultado obtido pela imprudência e imperícia do réu, causando o afastamento das vítimas sobreviventes de suas atividades funcionais por vários dias, além de ter agido com negligência em relação aos seus deveres de chefe de viatura militar.

Embargos rejeitados.

Decisão majoritária.

Esse é o motivo pelo qual se insurge a impetrante neste **writ**.

HC 120165 / RS

De início destaco não se tratar, na espécie, de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário ou extraordinário em impetração originária perante Tribunal Superior, mas de **writ** manejado contra decisão em sede de embargos infringentes.

Portanto, conheço da impetração.

Quanto ao tema de fundo, ressalto que a questão suscita controvérsias tanto na doutrina como na jurisprudência.

Como destacado no voto da eminente Ministra **Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha** por ocasião do julgamento da apelação interposta pelo paciente ao Superior Tribunal Militar, esta Suprema Corte, no julgamento do célebre caso “Bateau Mouche” (HC nº 70.362/RJ, Primeira Turma, da relatoria do Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 12/4/96), reconheceu a possibilidade de incidência de circunstâncias agravantes genéricas aos crimes culposos, em especial aquelas atinentes aos motivos, quando relativas à valoração da conduta, independentemente da não voluntariedade do resultado.

Essa orientação, todavia, discrepa de entendimento externado no julgamento do HC nº 62.214/MG, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Djaci Falcão** (DJ de 8/11/84), com ementa do seguinte teor:

“HOMICÍDIO CULPOSO. INADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE SER A VÍTIMA UM ANCIÃO (ART-44, INC. II, LETRA ‘I’, C.P.P.). SALVO A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (ART. 44, INC. I, DO C.P.), AS DEMAIS SOMENTE INCIDEM NOS CRIMES DOLOSOS. DEFERIMENTO DA ORDEM DO **HABEAS CORPUS**, ESTENDENDO-SE O EFEITO DA DECISÃO AO CO-RÉU (ART-580 DO C.P.P.)”

A doutrina, por sua vez, também traz posições antagônicas sobre o tema.

A meu sentir, todavia, razão assiste àqueles que sustentam a impossibilidade de consideração dessas circunstâncias (tirante a reincidência), porquanto na fixação da reprimenda nos crimes culposos,

necessária se faz a aferição da culpabilidade do agente (CP, art. 59) ou grau de sua culpa (CPM, art. 69), de modo que, a se considerar, em um segundo momento, circunstâncias outras que revelem maior culpabilidade do agente, estar-se-á incorrendo em dupla valoração de um mesmo elemento, incidindo na vedação do **bis in idem**.

Nesse sentido, me parece relevante destacar as seguintes lições da doutrina:

“(...)

32. Rol do inciso II para crimes dolosos: as circunstâncias agravantes previstas no inciso II somente aos crimes dolosos, por absoluta incompatibilidade com o delito culposo, cujo resultado é involuntário. Como se poderia chamar de fútil o crime culposo, se o agente não trabalhou diretamente pelo resultado? Como se poderia dizer ter havido homicídio culposo cruel, se o autor nada fez para torná-lo mais sofrido a vítima? Enfim, estamos com a doutrina que sustenta haver incompatibilidade entre o rol do inciso II e o delito culposo. Nessa ótica: SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e ALCEU CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da pena*, p. 265.” (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Militar Comentado*, São Paulo; Ed. RT, 2013, p. 136-137);

“(...)

As circunstâncias agravantes são legais, porque estão previstas em lei; genéricas pela localização na Parte Geral do Código Penal Militar; e aplicáveis aos crimes dolosos, com exceção da reincidência, circunstância subjetiva, que pode ser aplicada ao crime culposo.” (Enio Luiz Rosseto, *Código Penal Militar Comentado*, São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 347);

“(...)

Crimes culposos: As agravantes previstas no art. 61, II, do só se aplicam aos crimes dolosos ou preterdolosos. Não se aplicam aos crimes culposos” (Fernando Capez *et al*, *Código Penal Comentado*, 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 149);

(...)

Exceção nos crimes culposos: Salvo a reincidência (Código Penal, art. 61, I), todas as demais circunstâncias agravantes só incidem nos crimes dolosos e não nos culposos. Quanto aos crimes preterdolosos ou preterintencionais, esta exceção não é pacífica na doutrina.” (Celso Delmanto *et al*, Código Penal Comentado, 8ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 287);

“(…)

Deve-se, também, observar que as agravantes previstas no artigo, com exceção da reincidência, somente se aplicam aos crimes dolosos e preterdolosos, uma vez que apenas quando conhecidas e aceitas pelo agente podem ser tidas como índice de maior culpabilidade a exigir censura mais grave do agente. No crime culposos, irrelevante que haja culpa inconsciente ou consciente. No caso de crime preterintencional, entretanto, há dolo no crime antecedente e, portanto, são cabíveis as agravantes.” (Julio Fabbrini Mirabete *et al*, Código Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 357-358);

(...)

Inaplicabilidade nos crimes culposos

Com exceção da reincidência, todas as demais circunstâncias agravantes somente serão reconhecidas se a conduta do agente for dolosa. Há precedentes no sentido de não se aplicar as agravantes quando for culposos o crime praticado contra criança e contra velho, como é frequente nos crimes de trânsito (RT 485/362, 524/449, 552/316).” (René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 621).

Note-se que, nessas circunstâncias, o agravamento empreendido pelo juízo de primeiro grau, reconhecendo: a) – “a futilidade do motivo que levou o réu a tomar para si o volante da viatura, (...) por mero capricho” (fl. 65

do anexo de instrução 3); e b) - *“firmar que a vítima fatal estava sob proteção imediata do chefe da viatura”* (fl. 65 do anexo de instrução 3), são circunstâncias que, inegavelmente, foram aferidas na primeira fase da fixação da pena-base, com reconhecimento do maior grau de culpa com que se houve o sentenciado (CPM, art. 69), pois como anota **Souza Nucci** (*ibidem*, p. 134), *“o que se indica como grau da culpa concerne à maior leviandade do agente no descumprir seu dever de cuidado objetivo”* (destaque do autor).

Nessas condições, penso que deva a ordem ser concedida, para o fim de decotar da pena imposta ao paciente, o agravamento correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) da pena base, imposto nos moldes do art. 74 do CPM.

Com essas considerações, pelo meu voto, **concedo** a ordem.

corrente que entende não ser possível a incidência de agravantes em crimes culposos. O entendimento contrário à incidência das agravantes em crimes culposos funda-se na ausência de intenção do agente em produzir o resultado efetivamente ocorrido.

(...)

As agravantes justificam-se pela necessidade de punir mais severamente aqueles réus que, **conscientemente**, ao praticar o crime, o fizeram em desacordo com valores acessórios resguardados pela sociedade nas alíneas enumeradas no inciso II do artigo 70 do COM. Nos **crimes culposos**, pela sua própria natureza, **não há intencionalidade na produção do resultado**.

(...)

A corrente doutrinária contrária argumenta que embora o resultado não tenha sido conscientemente desejado, a conduta do agente foi consciente, e, quando inconsequente, merece reprimenda mais enérgica. A agravante incide objetivamente em razão da conduta realizada, independente da vontade do agente quanto ao resultado produzido.

Todavia esta abordagem traz séria inconveniência, conquanto a avaliação da conduta do agente já ocorre ao ser realizada a análise da culpabilidade do agente (no CPM, grau de culpa) durante a primeira fase da dosimetria da pena. Portanto utilizar a reprovabilidade da conduta do agente novamente para justificar a incidência de agravantes em crimes culposos é incorrer em *bis in idem*.

Assim, foi demonstrada a necessidade de atuação deste egrégio Tribunal para fixar orientação jurisprudencial contra a indevida incidência das agravantes na dosimetria das penas dos crimes culposos e, particularmente, rever a pena aplicada ao paciente, afastando o acréscimo da majorante e os reflexos do aumento do concurso formal” (fls. 3/5 da inicial – destaques da autora).

Requer a concessão da ordem “para reformar o acórdão recorrido,

HC 120165 / RS

afastando a incidência das agravantes das alíneas a e i do inciso II do artigo 70 do Código Penal Militar na fixação da pena, pelos motivos de direito acima expostos” (fl. 6 da petição inicial).

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e estando a impetração devidamente instruída com as peças necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, dispensei o pedido de informações da autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, manifestou-se pela denegação da ordem (anexo de instrução 7).

É o relatório.

Em revisão