



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541.177 - AC (2019/0316520-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RODRIGO ALMEIDA CHAVES - RO003684
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : JORGE SANTOS DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVOS DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE. CONDOTA SOCIAL. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA OU FAVORÁVEL. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. QUALIFICADORA REMANESCENTE SOPEADA NA SEGUNDA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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 dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a frieza do agente ao trocar de instrumento do crime sem receio perante as vítimas, a perseguição e o terror causado às crianças, que tiveram que fugir pela mata, tendo o réu tentado atingir, ainda, sua filha de 2 anos de idade, permitem a exasperação das reprimendas-base sob o título da culpabilidade.

4. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, a sentença afirma que o réu seria detentor de péssima reputação na cidade de Xapuri, o que justifica a elevação das básicas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. *In concreto*, o réu possui personalidade violenta, já que teria submetido a sua ex-companheira, seus enteados e filhos a inúmeras agressões físicas e ameaças, durante anos.
6. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental 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 agiu de forma extremamente violenta, tendo, inclusive, decepado a mão de uma das vítimas, seu enteado de 4 anos de idade, quando ela já agonizava, tendo-a, em seguida, degolado.
7. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, em relação ao homicídio do menor Anderson, o trauma causado à sua ex-companheira e ao irmão da vítima, que presenciaram os homicídios, permitem o incremento da pena pelas consequências. Quanto à vítima Francisco, o fato dela ter deixado viúva e "filhos ainda por cuidar", de igual modo, justificam o incremento da básica.
8. O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.
9. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, "no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial" (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, Dje 17/3/2017). No caso, tratando-se de homicídio duplamente qualificado, a qualificadora remanescente foi corretamente sopesada na segunda fase do cálculo dosimétrico.
10. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.
11. O Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria mista, pela qual a ficção jurídica do crime continuado exige como requisito de ordem subjetiva o dolo global ou unitário entre os crimes parcelares. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que não está presente o requisitos subjetivo necessário à caracterização do aludido instituto penal, já que o réu não teria agido com o ânimo de cometer um roubo em continuação do outro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12. Em razão do necessário reexame fático, é inviável no espectro de cognição do *habeas corpus* avaliar a conduta do paciente, a fim de reconhecer a ficção jurídica da continuidade delitiva, uma vez que é imperativo aferir o elemento anímico do agente e concluir se o comportamento humano voluntário foi psiquicamente direcionado a finalidades autônomas ou se há dolo global entre os delitos parcelares.

13. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 49 anos de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541.177 - AC (2019/0316520-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RODRIGO ALMEIDA CHAVES - RO003684
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : JORGE SANTOS DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **JORGE SANTOS DA CUNHA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de de 50 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c artigo 61, II, "h" do Código Penal (e-STJ, fls. 82-98).

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, a defesa ajuizou revisão criminal, que restou indeferida, nos moldes da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. INSURGÊNCIA ANTE A EXACERBAÇÃO DA PENA BASE, QUANTUM APLICADO EM RELAÇÃO A AGRAVANTES E RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. CONHECIMENTO DA REVISIONAL. DESPROVIMENTO. EXACERBAÇÃO JUSTIFICADA. AGRAVANTE DOSADA EM GRAU MÍNIMO E PRECLUSÃO RECONHECIDA QUANTO AO CONCURSO DE CRIMES. IMPROCEDÊNCIA.

1. Preenchidas as exigências do art. 621 do Código de Processo Penal, reconhece-se da revisão criminal.
2. Exacerbação da pena base calcada e justificada pelos elementos nos autos.
3. Quantum de aumento da agravante plausível e já minorada.
4. A Revisão Criminal não se presta para mera rediscussão de matéria preclusa.
5. Revisão Criminal conhecida e julgada improcedente" (e-STJ, fl. 82).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do paciente o que não foi concretamente demonstrado"; b) quanto à conduta social, "nos autos não existem elementos suficientes para tal análise, não podendo o magistrado como fez tomar conclusões pessoa sem qualquer amparo jurídico"; c) "os elementos inerentes ao próprio tipo penal não podem ser considerados para a exasperação da pena-base"; d) "no caso, a morte da vítima é elementar do tipo, no entanto, ao deixar viúva e filhos, não se ultrapassa as consequências normais do delito"; e) "é assente o entendimento, do STJ, de que o comportamento da vítima deve considerado neutro, se em nada contribuiu para o delito, não justificando o incremento da pena-base"; f) "no presente caso a pena base foi fixada em 22 (vinte e dois anos) para cada delito, sendo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superou em muitos os percentuais acima considerando que, foram reconhecidas 4 (quatro circunstâncias judiciais) desfavoráveis, que inclusive são objeto de questionamento"; g) "importante ressaltar o entendimento recente do STJ, segundo o qual as atenuantes e agravantes devem ser aplicadas na fração de 1/6, tanto para diminuir quanto para aumentar a pena"; h) "os delitos cometidos pelo paciente foram derivados de desígnios absolutamente idênticos, motivados por acusações a ele direcionadas, tudo a demonstrar que os atos criminosos por ele realizados encontram-se entrelaçados, ou seja, tem vinculação fático-temporal"; i) "cometidos dois delitos da mesma espécie - um deles na forma tentada - em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, torna-se evidente o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação da ficção jurídica do crime continuado, devendo ser reconhecida e aplicada, na espécie, a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, pois tratam-se de crimes dolosos, cometidos contra vítimas diferentes, mediante violência à pessoa"; j) "atento a tais balizas, deve-se elevar a reprimenda mais grave - em 1/6, já que a majoração da pena em razão da continuidade delitiva específica deve considerar a quantidade de crimes cometidos, mas especialmente as circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do Código Penal, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 71 do CP" (e-STJ, fls. 3-30).

Pugna, assim, pela concessão da ordem para revisto o cálculo dosimétrico.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 114-121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 541.177 - AC (2019/0316520-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RODRIGO ALMEIDA CHAVES - RO003684
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : JORGE SANTOS DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVOS DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA OU FAVORÁVEL. VALORAÇÃO NEGATIVA AFASTADA. QUALIFICADORA REMANESCENTE SOPESSADA NA SEGUNDA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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 dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a frieza do agente ao trocar de instrumento do crime sem receio perante as vítimas, a perseguição e o terror causado às crianças, que tiveram que fugir pela mata, tendo o réu tentado atingir, ainda, sua filha de 2 anos de idade, permitem a exasperação das reprimendas-base sob o título da culpabilidade.

4. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, a sentença afirma que o réu seria detentor de péssima reputação na cidade de Xapuri, o que justifica a elevação das básicas.

5. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. *In concreto*, o réu possui personalidade violenta, já que teria submetido a sua ex-companheira, seus enteados e filhos a inúmeras agressões físicas e ameaças, durante anos.

6. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental 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 agiu de forma extremamente violenta, tendo, inclusive, decepado a mão de uma das vítimas, seu enteado de 4 anos de idade, quando ela já agonizava, tendo-a, em seguida, degolado.

7. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se eskorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, em relação ao homicídio do menor Anderson, o trauma causado à sua ex-companheira e ao irmão da vítima, que presenciaram os homicídios, permitem o incremento da pena pelas consequências. Quanto à vítima Francisco, o fato dela ter deixado viúva e "filhos ainda por cuidar", de igual modo, justificam o incremento da básica.

8. O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.

9. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, "no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial" (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, Dje 17/3/2017). No caso, tratando-se de homicídio duplamente qualificado, a qualificadora remanescente foi corretamente sopesada na segunda fase do cálculo dosimétrico.

10. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

11. O Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria mista, pela qual a ficção jurídica do crime continuado exige como requisito de ordem subjetiva o dolo global ou unitário entre os crimes parcelares. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que não está presente o requisitos subjetivo necessário à caracterização do aludido instituto penal, já que o réu não teria agido com o ânimo de cometer um roubo em continuação do outro.

12. Em razão do necessário reexame fático, é inviável no espectro de cognição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus avaliar a conduta do paciente, a fim de reconhecer a ficção jurídica da continuidade delitiva, uma vez que é imperativo aferir o elemento anímico do agente e concluir se o comportamento humano voluntário foi psicologicamente direcionado a finalidades autônomas ou se há dolo global entre os delitos parcelares.

13. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 49 anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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 dos 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 Juiz Presidente do Tribunal do Júri, ao proceder a dosimetria da pena, reconheceu:

"[...] A culpabilidade do réu foi intensa. É, sem dúvida, pessoa maior e capaz, tendo a possibilidade plena de discernir e compreender o justo e o injusto e, de conformidade com esta compreensão, pautar como errado o fato de que se propusera a praticar. Assim sendo, o desvalor de sua conduta, consubstanciado pela consciência da ilicitude e vontade deliberada de ceifar a vida alheia, lesar a outrem e a violar a lei, propõe culpabilidade em grau exacerbado. Aliás, o desprezo que revelou para com a integridade física alheia ao cometer o crime impõe seja dita circunstância judicial valorada em desbenefício do réu.

Quanto aos antecedentes, insta observar que são bons.

A conduta social é desajustada, como demonstra a péssima reputação que o acusado detém perante a comunidade de Xapuri. Sua personalidade é vil e abjeta, sendo que por isso a pena base deve ser majorada.

Os motivos do crime, sendo torpe, já levados em consideração para a qualificação do delito, não se prestam para a majoração da pena base.

As circunstâncias que o permeiam autorizam a elevação da pena. Realmente, o acusado merece ter a sua pena base majorada, posto ter matado a vítima de forma cruel e inesperada, na frente de sua companheira e também de seus dois filhos.

Quanto às consequências do crime, convém ressaltar que foram graves, pois a vítima deixou viúva e filhos ainda por cuidar.

Em relação ao comportamento da vítima, nada contribuiu para a deflagração do evento criminoso.

Portanto, havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena base em 22 (vinte e dois) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, reconheço em desfavor do réu a agravante do art. 61, inc. II, letra "c", do CP. Em outras palavras, funcionando o motivo torpe para a qualificação do crime, deve a traição ser levada em consideração na segunda fase da dosimetria. Por tal motivo, elevo a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em dois anos, fixando-a concretamente em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Dosimetria para o crime cometido contra a vítima Anderson da Silva Gonzaga

"A culpabilidade do réu foi intensa. É, sem dúvida, pessoa maior e capaz, tendo a possibilidade plena de discernir e compreender o justo e o injusto e, de conformidade com esta compreensão, pautar como errado o fato de que se propusera a praticar. Assim sendo, o desvalor de sua conduta, consubstanciado pela consciência da ilicitude e vontade deliberada de ceifar a vida alheia, lesar a outrem e a violar a lei, propõe culpabilidade em grau exacerbado. Aliás, o desprezo que revelou para com a integridade física alheia ao cometer o crime impõe seja dita circunstância judicial valorada em desbenefício do réu.

Quanto aos antecedentes, insta observar que são bons.

A conduta social é desajustada, como demonstra a péssima reputação que o acusado detém perante a comunidade de Xapuri. Sua personalidade é vil e abjeta, sendo que por isso a pena base deve ser majorada.

Os motivos do crime, sendo torpe, já levados em consideração para a qualificação do delito, não se prestam para a majoração da pena base.

As circunstâncias que o permeiam autorizam a elevação da pena. Realmente, o acusado merece ter a sua pena base majorada, posto ter matado a vítima de forma cruel e inesperada, na frente de sua companheira e também de seus dois filhos. Além do mais, decepou, sem qualquer razão plausível, a mão da criança, fato que mais uma deve ser levado em conta para a elevação da pena.

Quanto às consequências do crime, convém ressaltar que foram graves, pois a vítima deixou viúva e filhos ainda por cuidar.

Em relação ao comportamento da vítima, nada contribuiu para a deflagração do evento criminoso.

Portanto, havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena base em 22 (vinte e dois) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, reconheço em desfavor do réu a agravante do art. 61, inc. II, letra "c", do CP. Em outras palavras, funcionando o motivo torpe para a qualificação do crime, deve a traição ser levada em consideração na segunda fase da dosimetria. Por tal motivo, elevo a pena em dois anos, fixando-a concretamente em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Do concurso material de crimes

Havendo concurso material de crimes, possui aplicação a regra do art. 69 do Código Penal, razão pela qual opero o somatório de penas dos dois delitos anteriores, no que resulta a reprimenda concreta e definitiva de 50 (cinquenta) anos de reclusão" (e-STJ, fls. 11-12).

O Colegiado de origem, por sua vez, indeferiu a revisão criminal, asseverando:

"[...] Preliminarmente, verificando que o elemento "comportamento da vítima" não necessariamente resta verificado em sentença de forma negativa, enseja-se que apenas quatro elementos foram claramente verificados como negativos: CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à valoração negativa desses elementos, de ante mão já verifico que as assertivas sentenciais são justíssimas e adequadas ao caso em concreto, e para justificar tal entendimento, basta-se citar uma prova que se efetivou no processo, o depoimento em Plenário de Julgamento da Sra. LENIRA MARQUES DA SILVA, filha e genitora das vítimas, que de tão veemente e esmiuçado, por si só já serve para total rechaçamento do pedido revisional quanto à não exacerbação da pena base, senão citemos:

“Terceira Testemunha: LENIRA MARQUES DA SILVA, já qualificada nos autos às fls. 12. Testemunha sem contradita.

Compromissada na forma da lei, às perguntas do MM. Juiz respondeu: vivi em união estável com o acusado Jorge Santos da Cunha durante quatro anos. Tive dois filhos com o acusado, a menina com atualmente dois anos e o menino com um ano de idade. Também tinha um filho oriundo de outro relacionamento, que se chamava Anderson, porém conhecido por Tadeuzinho, na época com 04 anos de idade.

Eu e o acusado morávamos no Seringal Boa Vista, Colocação Vai-quem-quer, que pertencia ao meu genitor. O acusado nunca foi um bom marido. Ele me espancava muito e também judiava dos meninos. Ele batia em mim nos instantes em que eu não podia ter relações sexuais com ele.

Fiz duas cesarianas e no resguardo o acusado sempre queria ter relações sexuais. Ele me espancava. Cheguei a dá parte do acusado na Delegacia. Certa feita quando estava em Xapuri, o acusado me fez ir para um churrasco no Mirantes, ocasião em que eu estava de resguardo com minha filha recém-nascida. No Mirantes começamos a discutir e fui ameaçada de morte. Nessa ocasião tive muito medo do acusado, pois ele me jurou de me matar. Não agüentava se mais espancava e também não agüentava mais ver os meus filhos sofrendo. Por conta disso resolvi me separar do acusado. Durante a separação fui morar na casa da minha irmã com os meus três filhos. O Jorge não aceitava a separação. Minha irmã Luzineide mora no Seringal, próximo à colônia do meu pai. No dia em que tudo aconteceu a Luzineide veio para Xapuri e fiquei sozinha na casa com os meus filhos. Fiquei tomando conta dos meus três sobrinhos, filhos da Luzineide. O acusado inventou de trabalhar na colônia do Amilclei. Na verdade o acusado não queria trabalhar. Ele foi para a colônia do Amilclei para me perseguir. Amilclei é um rapaz que mexe com droga. Relato que o Jorge era usuário de drogas. Ele comprava droga do Amilclei. Depois que o acusado foi para a colônia do Amilclei, tive um susto, pois acordei de noite com o Jorge tentando me agarrar. Expulsei o acusado e disse que não queria mais nada com ele. Chamei-o para o terreiro para termos uma conversa, pois não queria acordar as crianças. Ele ficou implorando para que eu voltasse para ele. Ele dizia que me amava e queria criar os nossos filhos junto comigo. Disse para ele que não queria mais viver sofrendo e não voltei para ele. O acusado ficou revoltado e disse que ia me matar e toda a minha família. Ele disse que ia matar toda a minha família na minha frente e depois iria me matar. Fechei a porta da casa e voltei a dormir. O acusado seguiu em direção à casa do meu pai. Logo que o dia amanheceu eu acordei tive outro susto, pois o acusado já estava de novo ao meu lado, deitado na cama. Pela manhã cedo do dia dos fatos o acusado me disse as seguintes palavras: “Mulher, o teu pai chegou da Bolívia e mandou eu vir te chamar para acertar a nossa separação”. O acusado disse que queria fazer a separação na frente do meu pai para que ele acreditasse. O acusado saiu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

frente seguindo em direção da casa do meu pai Francisco.

Fiquei de arrumar as crianças e também seguir para lá, pois o combinado era fazer a separação na frente do meu genitor. No meio do caminho encontrei o acusado de cócoras próximo a um pé de urucu e ele estava todo se tremendo. Perguntei a ele o que ele tinha, obtendo como resposta que não era nada. Nesse instante o acusado me chamou para que eu voltasse até a nossa casa para buscarmos as coisas que estavam lá e que pertenciam ao meu pai. Mandei que a minha sobrinha Sandriele fosse com Tadeuzinho para a casa do meu pai e que ficasse esperando por lá. Sandriele disse que não iria e que me acompanharia.

Chegando na minha casa o acusado arrumou as coisas e “panhou nós”. Ele disse: “agora eu peguei vocês, seu bando de putas sem-vergonhas”. Disse: “Jorge você fez uma armadilha para nós” e ele respondeu que era isso mesmo.

Ele correu para o meio da mata e foi buscar a espingarda que ele tinha escondido. Essa espingarda era para nos matar. Sandriele começou a chorar desesperada e pedia que não lhe matasse. Pouco tempo depois o acusado chegou com a espingarda e a Sandriele ficou chorando. O acusado disse para Sandriele: “Fica tranqüila Sandriele que eu não vou te matar porque você não me deve nada”. Ele também disse para mim:

“Eu não vou matar essa puta sem-vergonha porque ela tem os meus dois filhos para criar”. Ele falou para Sandriele que iria matar a mãe dela. Depois desses fatos o acusado se acalmou. Ele sentou na porta e pediu a panela de arroz. Ele também deu arroz para a sua filha Joice e o Tadeuzinho. Tadeuzinho também pegou um copo com água e deu para o acusado beber. Depois disso o acusado “liberou nós para gente ir para casa”. Fiquei enrolando com a Sandriele para não irmos para casa. Tinha medo que se descêssemos da casa onde estávamos o acusado nos desse um tiro. O acusado pegou e deu um tiro num toco. Nesta ocasião meu pai já vinha chegando. Meu pai Francisco passou por ele de cabeça baixa, sem nem conversar, direto para o meu rumo. Francisco me disse que haviam sumido três cartuchos novos de espingarda. Foi nessa hora que o Jorge correu para o meio da mata. Todos seguimos em direção da casa do meu pai, que levava uma espingarda. Foi Francisco que seguia na frente. Tadeuzinho e os meus sobrinhos vinham atrás e eu seguia por último. Saindo da mata para o campo o meu pai foi alvejado com um tiro desferido pelo Jorge. Meu pai não teria como saber do tiro, pois o acusado estava escondido na mata no momento do disparo. O tiro acertou as costas do meu pai. Meu pai ainda conseguiu pegar a sua espingarda e efetuar um disparo, mas a verdade é que ele não sabia onde o acusado estava. A Sandriele pegou a minha menina pequena e saiu correndo em direção a sua mãe. Meu pai correu atrás do assassino quando escutou os seus passos correndo no meio da mata e tentou trocar o cartucho seco da espingarda. Fiquei gritando para que o meu pai não fosse atrás do Jorge, pois ele estava baleado e precisava ir para o hospital. Mesmo baleado meu pai estava bem. Fui atrás da minha filha Joice que a Sandriele havia deixado no meio do campo. Ouvi que meu pai ficava resmungando e gemendo.

Vi que meu pai caiu no chão e ficou esticado. Ele dizia que não estava sentindo dores. Tentei levantar a meu pai, mas ele não conseguia andar. Francisco mandou que eu fugisse com os meus filhos, pois com certeza o Jorge voltaria para matar a mim e aos meus filhos. Ele implorava para que eu fosse embora. Disse para ele que iria atrás de ajuda. Saí gritando e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedindo ajuda. Chegando na casa do meu pai não aguentei mais, pois carregava os dois filhos nos braços.

Tadeuzinho corria atrás. Quando caí no chão e olhei para trás, vi que o Jorge estava me acompanhando e levava uma espingarda. Ele se aproximou e me disse: “Sua puta sem-vergonha, eu só matei o seu pai por um motivo, porque tu não queria morar comigo. A culpada disso tudo é tu, que não quer mais morar comigo”. Ele pegou a espingarda que tinha nas mãos e apontou na minha nuca. Nessa hora o acusado olhou para o Tadeuzinho que estava por perto e resolveu abaixar a espingarda que apontava para minha nuca. Cismei que o acusado pudesse fazer alguma coisa de ruim com o Tadeuzinho. O acusado correu para dentro da casa do Francisco e voltou trazendo um terçado 128 nas mãos. Reconheço a arma que me foi mostrada como a utilizada pelo acusado. Quando vi que o acusado estava armado com um terçado larguei os meus dois filhos no chão e parti para cima dele. Falei para ele: “Você já matou meu pai seu desgraçado, me mata mas não mata os meus filhos não”. Foi nessa hora que ele pegou o cabo do terçado e deu uma pancada na nuca do Tadeuzinho. O acusado me empurrou.

Depois ele pegou o terçado “mandou na goela do menino”.

Ele cortou a garganta do meu filho. Continuei agarrada com o assassino. Ele se levantou para cortar a garganta da sua própria filha, mas não teve coragem. Foi aí que ele correu atrás da Sandrielle. Ele queria matar a Sandrielle. Ele falou que ia matar a Sandrielle e depois voltaria para me matar.

Quando acusado correu fiquei com o Tadeuzinho nos braços enquanto ele morria. Depois que o Tadeuzinho morreu peguei os meus filhos e saí andando para a casa dos vizinhos.

Vi que o meu pai já estava se arrastando para o um pé de coco. O acusado correu até o ramal da Pimenteira para achar a Sandrielle e não a encontrou. Depois disso ele voltou. Ele saiu correndo até o meio do campo para me matar, mas não me acompanhou mais. O acusado aproveitou a oportunidade que meu pai estava sem poder andar, pegou sua espingarda e lhe deu uma coronhada na cabeça. Deduzo que isso aconteceu porque “a cabeça do meu pai estava quebrada”. Acredito que também foi nessa oportunidade que o acusado tenha decepado a mão do Tadeuzinho. Nada mais.

Às reperguntas do Ministério Público, respondeu: o acusado espancava muito o Tadeuzinho. Meu filho pequeno se chama Joseni. O acusado tinha raiva da minha irmã Luzineide porque foi ela que me acolheu durante a separação. Em uma das vezes que o acusado me bateu meu pai chegou a dá parte dele na Delegacia. Tadeuzinho era muito novo e tinha poucos dias de vida quando fui morar com o acusado. Nada mais.

Às reperguntas da Defesa, respondeu: cheguei a me separar do acusado muitas vezes. Ele ficava ameaçando o meu pai. No dia dos fatos o acusado não apresentava sintomas de ingestão de bebida alcoólica ou drogas. Nada mais.

O Conselho de Sentença nada reperguntou.” (negritei) Em que pese o reconhecimento das qualificadoras do crime (motivo torpe e à traição / motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido), verifica-se que outros elementos se destacam no contexto criminoso: a conduta agressiva permanente e há anos do Revisando para com sua família inteira, o uso exacerbado de álcool e drogas com graves



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequências no contexto familiar, a credulidade exacerbada, a frieza do assassino em trocar de instrumento do crime sem receio perante as vítimas, a perseguição e aterrorização de crianças, a fuga da testemunha com várias crianças pequenas e de colo no meio da mata, a agressão a uma das vítimas quando já moribunda, causar, à testemunha, o ato de presenciar o assassinato de dois entes queridos e presenciar seus leitos de morte, dentre muitas outras situações particulares ao caso.

Os fatos acima citados, os quais se extraem do testemunho supranarrado e que sequer configuraram qualificadoras do crime, independente das citações sentenciais quanto aos elementos verificados como negativos, bastariam para justificar cristalinamente a exacerbação da pena base em relação a esses mesmos elementos, sendo assim, totalmente infundada a pretensão revisional neste tópico.

Enfim, no caso concreto, a culpabilidade e a conduta social do Revisando merecem ser verificadas como negativas indubitavelmente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ultrapassam a normalidade, portanto, improcede o pleito revisional quanto ao presente tópico.

[...]

Segundo o argumento revisional, a agravante deve ensejar majoração de 1/6 quando de suas aplicações, segundo o STJ.

Pela simples análise do quantum majorado em relação às agravantes de ambos os crimes (dois e quatro anos, respectivamente), verifica-se que correspondem a menos ou à praticamente 1/6 da pena até então calculada, caindo por terra assim a argumentação revisional de discordância em face de exagero quantitativo aplicado.

[...]

Conforme autos originários, em 29/08/2008 a sentença de pronúncia transitou em julgado para a Defesa.

Ou seja, a discussão acerca da caracterização do concurso material ou do crime continuado, que enseja análise técnica sem submissão ao Conselho de Sentença, restou discutida nos autos e não houve qualquer impugnação da Defesa quanto a este ponto, restando assim preclusa a matéria desde 2008.

Nesse fim, citem-se jurisprudências pátrias acerca da caracterização da preclusão e não apreciação de pedido revisional" (e-STJ, fls. 85-97).

Da leitura dos excertos acima transcritos, percebe-se que as penas-base dos crimes de homicídio qualificado foram estabelecidas acima do piso legal pela valoração negativa dos vetores "culpabilidade", "conduta social", "personalidade", "circunstâncias" e "consequências do crime", além do "comportamento da vítima".

No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a frieza do agente ao trocar de instrumento do crime sem receio perante as vítimas, a perseguição e o terror causado às crianças, que tiveram que fugir pela mata, tendo o réu tentado atingir, ainda, sua filha de 2 anos de idade, permitem a exasperação das reprimendas-base sob o título da culpabilidade.

Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença afirma que o réu seria detentor de péssima reputação na cidade de Xapuri, o que justifica a elevação das básicas.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte precedente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO CRIMINAL REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. SÚMULA N. 231 DO STJ. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "(...) embora seja possível rever a dosimetria da pena em revisão criminal, a utilização do pleito revisional é prática excepcional, somente justificada quando houver contrariedade ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos" (AgRg no AREsp n. 734.052/MS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015).

2. Constando do acórdão proferido pelo Tribunal de origem que o agente capitaneava um "reinado de barbáries" e impunha uma "lei do silêncio", tem-se por idoneamente fundamentada a valoração negativa da conduta social, assim entendida como circunstância judicial que reflete o comportamento do agente em seu ambiente familiar e comunitário.

3. Nos termos do enunciado 231 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal Superior, não é possível que a incidência de circunstâncias atenuantes conduzam a reprimenda a patamar abaixo do mínimo legal.

4. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no AREsp 1239294/PE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/6/2019, DJe 21/6/2019, grifou-se).

A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. *In concreto*, o réu possui personalidade violenta, já que teria submetido a sua ex-companheira, seus enteados e filhos a inúmeras agressões físicas e ameaças, durante anos.

Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental 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 agiu de forma extremamente violenta, tendo, inclusive, decepado a mão de uma das vítimas, seu enteado de 4 anos de idade, quando ela já agonizava, tendo-a, em seguida, degolado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreta se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, em relação ao homicídio do menor Anderson, o trauma causado à sua ex-companheira e ao irmão da vítima, que presenciaram os homicídios, permitem o incremento da pena pelas consequências. Quanto à vítima Francisco, o fato dela ter deixado viúva e "filhos ainda por cuidar" justifica o incremento da básica (e-STJ, fl. 10).

Quanto ao tema, trago à colação o seguinte julgado desta Quinta Turma:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES. 1) OFENSA AOS ARTIGOS 495, XV, E 564, III, L, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NULIDADE.

PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO IDÔNEA. 3) REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. 4) AGRAVO DESPROVIDO. 1. As nulidades relativas estão sujeitas à convalidação pela preclusão. Além disso, as nulidades relativas, assim como as absolutas, ficam superadas quando não demonstrado o efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP. Precedentes.

1.1. No caso em tela, a nulidade arguida pela defesa, qual seja, a acusação ter invocado em Plenário a condenação nos termos da denúncia que foi decotada parcialmente na pronúncia, não foi arguida imediatamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme art. 571, VIII, do CPP. Ainda que assim não fosse, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência de prejuízo, pois houve pronta intervenção da Juíza-Presidente, a qualificadora não foi objeto de quesitação e nem se demonstrou o impacto do vício na condenação pelo homicídio simples.

2. A desvalorização de circunstância judicial que acarreta exasperação da pena-base deve estar fundada em elementos concretos, não inerentes ao tipo penal.

2.1. In casu, o desvalor das consequências do delito foi justificado pelo trauma da companheira da vítima que presenciou o homicídio e abandonou o estabelecimento comercial onde ocorreu o delito e de onde tirava o sustento.

3. Cabível regime inicial mais gravoso diante da existência de circunstância judicial desfavorável, conforme art. 33, § 3º, do CP.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 782.252/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2018, DJe 18/4/2018, grifou-se).

Por outro lado, o comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PENA-BASE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido"

(AgInt no REsp 1710287/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/2/2018, DJe 15/2/2018, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme a jurisprudência pacificada nesta Corte, o comportamento da vítima, que em nada concorreu para a prática delitiva, não poderá ser sopesado para fins de exasperação da pena-base, tratando-se de circunstância neutra ou favorável. Portanto, na hipótese em que não houver interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorrido na hipótese em análise, essa circunstância judicial deve ser considerada neutra.

2. Agravo regimental a que se nega provimento"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgInt no AREsp 443.079/AL, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017, grifou-se).

Por outro lado, nos moldes da jurisprudência desta Corte, "no delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial" (AgRg no REsp n. 1.644.423/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017). No caso, tratando-se de homicídio duplamente qualificado, a qualificadora remanescente foi corretamente sopesada na segunda fase do cálculo dosimétrico.

Mais: o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

- 'A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.
- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Por fim, descabe falar em continuidade delitiva, pois o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal exige que o agente tenha praticado duas ou mais condutas da mesma espécie, em semelhantes condições de tempo, lugar e *modus operandi*, bem como que seja demonstrada a unidade de desígnios entre os delitos cometidos.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria mista, pela qual a ficção jurídica do crime continuado exige como requisito de ordem subjetiva o dolo global ou unitário entre os crimes parcelares. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que não está presente o requisitos subjetivo necessário à caracterização do aludido instituto penal, já que o réu não teria agido com o ânimo de cometer um roubo em continuação do outro.

Dessa forma, em razão do necessário reexame fático, é inviável no espectro de cognição do *habeas corpus* avaliar a conduta do paciente, a fim de reconhecer a ficção jurídica da continuidade delitiva, uma vez que é imperativo aferir o elemento anímico do agente e concluir se o comportamento humano voluntário foi psicologicamente direcionado a finalidades autônomas ou se há dolo global entre os delitos parcelares.

Passa-se, por fim, à nova dosagem da pena.

Para cada um dos delitos, considerando a presença de 4 circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento na fração ideal de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de homicídio qualificado, que corresponde a 18 anos, chega-se à elevação de 9 anos e, portanto, à pena-base de 21 anos de reclusão. Na etapa intermediária, pela agravante do art. 61, II, "h", do CP, a pena merece ser elevada em 1/6, restando consolidada em 24 anos e 6 meses de reclusão, a qual deve ser tornada definitiva, à míngua de circunstâncias a serem sopesadas na fase derradeira da dosimetria. Pelo concurso material de delitos, as penas devem ser somadas, totalizando 49 anos de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 49 anos de reclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0316520-7

HC 541.177 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 007082000723 02004488620088010007 0252008 082018000470277
10024896220188010000 2004488620088010007 7082000723 82018000470277

EM MESA

JULGADO: 04/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
RODRIGO ALMEIDA CHAVES - RO003684
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : JORGE SANTOS DA CUNHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).