



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.577 - RJ (2009/0117947-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : ÁLVARO ANTÔNIO SÁGULO BORGES DE AQUINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA GALDINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEVAÇÃO MOTIVADA. QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DAS OUTRAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS (AGRAVANTES). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP E 5º, XLVI, E 93, XI, DA CF/88. COAÇÃO ILEGAL NÃO PATENTEADA.

1. À luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença ou do acórdão quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.

2. Diante das particularidades do caso concreto e da motivação apresentada pelo Tribunal apontado como coator, não se pode concluir como manifestamente ilegal ou mesmo desproporcional o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, pois revela-se justo e atende aos fins a que se propõe a aplicação da pena = necessidade de reprovação da conduta incriminada na forma como cometida, sem perder de vista as características pessoais daqueles a quem a sanção se destina.

3. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, havendo pluralidade de qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das outras como circunstâncias negativas - agravantes, quando previstas legalmente, ou como circunstâncias judiciais, residualmente.

PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. DUAS AGRAVANTES E UMA ATENUANTE. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. RELEVÂNCIA DAS AGRAVANTES. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Embora se reconheça que, nos termos do prescrito no art. 67 do CP, a menoridade relativa prevalece sobre todas as demais circunstâncias atenuantes e agravantes, pois ligada à personalidade ainda em formação do agente, na hipótese são duas as agravantes admitidas em desfavor dos pacientes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

igualmente relevantes - emprego de meio cruel (tortura) e uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que teve seus pés e mãos amarrados quando da execução do delito - razão pela qual não há ilegalidade na ausência de compensação entre elas.

CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA. ART. 121, § 4º, PARTE FINAL, DO CP. VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS AO TEMPO DO DELITO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL POR FORÇA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. MAJORANTE DE NATUREZA OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE QUESITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO JÚRI OU DA AMPLA DEFESA. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. A causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, parte final, do CP é de natureza estritamente objetiva, já que para a sua incidência basta o cotejo com o documento público indicador da idade da vítima, e atinge necessariamente a todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for comprovadamente praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, encontrando-se, assim, dentro da competência do Juiz-presidente, eis que adstrita à dosimetria da pena, pelo que desnecessária a obrigatoriedade de sua quesitação aos jurados.

2. Não há constrangimento ilegal quando o Tribunal, acolhendo o reclamo do órgão de acusação, elevou a reprimenda dos pacientes por força do previsto no art. 121, § 4º, parte final, do CP, uma vez que não fere o princípio da soberania dos veredictos, nem o da ampla defesa, a sua aplicação no caso, por se tratar de circunstância objetiva que não altera o tipo penal violado, relativa ao fato de ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos ao tempo do crime, comprovadamente demonstrada e que foi objeto da denúncia, da pronúncia, do libelo-crime acusatório e da sustentação da acusação em plenário.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.577 - RJ (2009/0117947-8) (f)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : ÁLVARO ANTÔNIO SÁGULO BORGES DE AQUINO -
DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA GALDINO (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de ALEXANDRE DA SILVA GALDINO e de FRANCISCO SARAIVA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 6099/2008, lá interposta pelas partes, deu parcial provimento ao recurso ministerial para aumentar a pena dos pacientes, provendo parcialmente também o apelo defensivo para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, imposta ao primeiro paciente pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado, e ao segundo, pela prática dos delitos de homicídio triplamente qualificado e de atentado violento ao pudor.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que teria havido violação ao art. 68 do CP - sistema trifásico de aplicação da reprimenda - e ao art. 483, inciso V, do CPP, eis que não teria sido formulado qualquer quesito relativo à causa de aumento da sanção reconhecida pelo Tribunal impetrado quando do julgamento do apelo ministerial, o que violaria o princípio constitucional da individualização da pena.

Defende que, na primeira etapa da dosimetria a Corte de origem teria fixado a sanção-base do paciente acima do mínimo legal com base em circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (personalidade e antecedentes), as quais, segundo alega, só poderiam ser consideradas para beneficiar o acusado, nunca para agravar a sua situação.

Sustenta que houve ofensa ao previsto no art. 68 do CP quando o TJRJ analisou as qualificadoras do delito como circunstâncias agravantes, pois "*inverteu o sistema trifásico*", salientando que as três qualificadoras descritas na denúncia deveriam ter sido consideradas na primeira fase da dosimetria, quando da fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, *"uma vez que as qualificadoras integram o próprio tipo penal a que foram condenados os pacientes, não podendo ser consideradas como circunstâncias agravantes"* (fls. 18).

Alega que o Tribunal de origem, quando da segunda etapa de fixação da reprimenda, teria invertido a ordem estabelecida na lei, eis que teria examinado primeiro a atenuante genérica da menoridade e depois as qualificadoras previstas no art. 121, § 2º, do CP, as quais foram consideradas como agravantes.

Argumenta que, de qualquer forma, havendo concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, estas deveriam preponderar sobre aquelas, de acordo com o previsto no art. 67 do CP, o que aduz não ter ocorrido na espécie.

Entende que, embora os crimes tenham sido praticados contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, a Corte impetrada não poderia ter reconhecido a causa especial de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do CP, eis que essa não teria sido quesitada e nem submetida ao Conselho de Sentença.

E acrescenta: *"Se o Ministério Público sustentou, em Plenário, a causa especial de aumento de pena, prevista no artigo 121, § 4º, do Código Penal, e a mesma não foi quesitada, deveria ter protestado pela quesitação e, caso indeferido o pedido, pedir para constar em ata de julgamento que tal requerimento não fora atendido"* (fl. 27), o que não teria acontecido.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja afastada a causa especial de aumento prevista no § 4º do art. 121 do CP e para que seja reduzida a pena dos pacientes, restabelecendo-se a que foi aplicada na sentença condenatória.

Foi dispensada a solicitação de informações à autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela parcial concessão da ordem, *"somente no que se refere à aplicação da causa de aumento prevista no artigo 121, § 4º, do Código Penal, mantendo-se no mais a condenação"* (fls. 119).

Foram solicitadas informações ao Juízo singular sobre a execução da pena imposta ao paciente (fls. 121), devidamente prestadas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.577 - RJ (2009/0117947-8) (f)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que, segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, verifica-se que os pacientes foram denunciados e pronunciados como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e § 4º, do CP, e, após submetidos a julgamento pelo Júri popular, findaram condenados às penas de: a) ALEXANDRE - 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime insculpido no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c os arts. 29 e 69, todos do CP; e b) FRANCISCO - 13 (treze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por ofensa ao art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c os arts. 29 e 69, todos do CP, e ao cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por violação ao art. 214, c/c 224, a, do CP; porque, segundo narra a exordial acusatória:

"Em data não precisada, mas posterior ao dia 15 de maio de 2002 e anterior ao dia 7 de outubro de 2003, na Rua do Terço, numa casa abandonada no Morro do Sapê, em Vaz Lobo, nesta cidade, o primeiro denunciado", ALEXANDRE, "em união de desígnios com outras pessoas ainda não identificadas, [...], com vontade livre e consciente de matar, efetuou disparos de arma de fogo em S. M. G., atingindo-a e causando as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fls. 164" (fls. 33), sendo que o segundo denunciado, FRANCISCO, "concorreu para a conduta acima descrita porque, em união de ações e desígnios com o primeiro denunciado, agindo com consciência e vontade, determinou a morte da menor, sabedor de todas as circunstâncias do crimes" (fls. 34).

Consta ainda da denúncia que:

O crime foi praticado por motivo torpe, vingança pelo fato da vítima ter contado a seus familiares que o segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denunciado havia praticado crime sexual contra ela.

O crime foi praticado com requintes de crueldade, tendo sido a vítima torturada até a morte, já que foi abusada sexualmente e bastante ferida até a execução final.

O crime foi praticado com recurso que impossibilitou a defesa da vítima, já que foi amarrada nos pés e nas mãos sem poder esboçar qualquer tipo de reação.

O crime foi praticado contra menor de 14 anos

Antes da conduta acima descrita, [...], o segundo denunciado, com consciência e vontade, mediante violência presumida pela idade da vítima, passou a mão nos órgãos genitais e chupou os seios de S. M. G., obrigando-a a aceitar tais atos libidinosos diversos da conjunção carnal. (fls. 34)

Irresignadas, ambas as partes interpuseram apelação perante o Tribunal Estadual, tendo sido dado parcial provimento ao recurso defensivo, para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, provendo-se parcialmente também o apelo ministerial a fim de, aumentando as penas-base dos pacientes e aplicando ainda em desfavor de ambos a causa especial de aumento prevista no art. 121, § 4º, do CP, torná-las definitivas em 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, para ALEXANDRE, e em 22 (vinte e dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para FRANCISCO.

No que se refere à alegada ilegalidade na aplicação da pena-base dos pacientes em relação ao crime de homicídio, cumpre destacar, para melhor análise da questão *sub examine*, o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria da reprimenda, assim fixada quanto à ALEXANDRE:

O réu, embora seja primário, ostenta duas outras anotações em sua FAC, sendo certo que o acusado demonstra, ainda, possuir a personalidade voltada para a prática criminosa e uma intensa periculosidade, na medida em que é responsável por matar pessoas na comunidade em que reside, por já ter assassinado diversas pessoas.

Finalmente, observa-se que o crime praticado é triplamente qualificado pelo motivo torpe, com emprego de meio cruel e em razão de recurso que dificultou a defesa da vítima, devendo ser considerada a qualificadora do motivo torpe (inc. I do § 2º ao art. 121 do Código Penal) para qualificar o homicídio, enquanto que as outras qualificadoras (inc. III e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal) devem ser consideradas como circunstâncias na prática do crime, que importam numa maior reprovabilidade do atuar do réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razões pelas quais fixo a pena-base privativa de liberdade em 14 (catorze) anos de reclusão, eis que suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime. (fls. 59)

E, no tocante à FRANCISCO, assim consignou o sentenciante:

O réu é primário e não possui maus antecedentes, sendo certo, entretanto, que o crime praticado é triplamente qualificado pelo motivo torpe, com emprego de meio cruel e em razão de recurso que dificultou a defesa da vítima, devendo ser considerada a qualificadora do motivo torpe (inc. I do § 2º ao art. 121 do Código Penal) para qualificar o homicídio, enquanto que as outras qualificadoras (inc. III e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal) devem ser consideradas como circunstâncias na prática do crime, que importam numa maior reprovabilidade do atuar do réu, razões pelas quais fixo a pena-base privativa de liberdade em 13 (treze) anos de reclusão, eis que suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime. Inexistem atenuantes ou agravantes a serem consideradas e na ausência de quaisquer outras causas de aumento ou de diminuição, torno a pena-base encontrada em definitiva. (fls. 60)

O Tribunal impetrado, por seu turno, dando provimento em parte ao apelo ministerial, houve por bem elevar a reprimenda básica irrogada à ambos os pacientes pelo crime de homicídio, aumentando-as ainda, ao final, por força do previsto no art. 121, § 4º, do CP, assim justificando:

O acusado Alexandre foi condenado pela prática de um homicídio triplamente qualificado, tendo a seu favor a atenuante da menoridade, e o recorrente Francisco pela participação nesse homicídio e ainda por atentado violento ao pudor.

A pena-base fixada para o réu Alexandre foi de 14 anos de reclusão, e as penas-bases do réu Francisco foram fixadas em 13 anos de reclusão (homicídio) e 6 anos de reclusão (atentado violento ao pudor).

Razão assiste ao órgão de acusação quando pleiteia o agravamento de tais penas.

A simples leitura da decisão recorrida demonstra que não foram consideradas todas as circunstâncias descritas no art. 59 do CP.

Após reconhecer que o réu Alexandre demonstra possuir personalidade voltada para o crime, como consta de sua FAC, e uma intensa periculosidade, na medida em que é conhecido como responsável por matar pessoas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comunidade em que reside, e considerando serem três as qualificadoras, foi fixada, para o crime de homicídio, a pena-base de 14 anos de reclusão, o que é visivelmente desproporcional e insuficiente para a necessária reprovação do crime.

Também ao fixar a pena-base, para o crime de homicídio do qual participou o acusado Francisco, a decisão impugnada reconheceu os bons antecedentes, mas afirmou que o crime foi praticado com três qualificadoras, os que importa numa maior reprovabilidade do atuar do réu, fixando a pena inicial em 13 anos de reclusão.

Ora, fica claro que, por possuir maus antecedentes e personalidade distorcida, a pena-base do réu Alexandre foi aumentada em um ano, e por serem três as qualificadoras, foi acrescido mais um ano, tanto que o réu Francisco, que possui bons antecedentes, teve a pena-base aumentada de um ano, ou seja, considerando apenas as três qualificadoras.

Vê-se, pois, que a decisão recorrida deixou de analisar vários elementos informadores da pena-base, como a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, que são desfavoráveis aos réus.

Senão vejamos: a vítima desapareceu em 15-5-02, tendo seus familiares procurado contato com órgãos de ajuda na busca de pessoas, espalharam cartazes pela cidade, compareceram em emissoras de rádio e televisão. Dias depois do desaparecimento da vítima, os familiares passaram a receber telefonemas pedindo resgate - mesmo já estando a vítima morta - o que possibilitou a apreensão do menor I. quando efetuava um desses telefonemas. Tais fatos causaram maior sofrimento à família da vítima. Somente em outubro de 2003 foi preso o acusado Alexandre, o que possibilitou o encontro da ossada da vítima em um cemitério clandestino. Foram 20 meses de sofrimento para a família da vítima.

Considerando tais circunstâncias, a pena-base do réu FRANCISCO deve ser fixada em 14 anos de reclusão, e a do acusado ALEXANDRE, que possui ainda maus antecedentes, deve ser fixada em 15 anos de reclusão.

Sendo três as qualificadoras, ainda que apenas uma seja assim considerada e as demais como agravantes, a pena-base deve ser aumentada em 3 anos de reclusão.

Como bem requerido pelo órgão de acusação, deve incidir, ainda, a circunstância de ser a vítima menor de 14 anos de idade.

Trata-se de aumento de pena previsto no parágrafo 4º, última parte, do artigo 121 do CP. Trata-se de circunstância legal especial de natureza objetiva e de aplicação obrigatória, e como tal independe de ser indagada aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurados.

Assim, pelo crime de homicídio, fixa-se a pena-base do réu Alexandre em 15 anos de reclusão, que se diminui de 2 anos em razão da sua menoridade, para em seguida aumentar de 3 anos pelas qualificadoras, e novamente aumentar de 1/3, restando a pena final de 21 anos e 4 meses de reclusão.

Pelo mesmo crime, fixa-se para o acusado Francisco a pena-base de 14 anos de reclusão, que se aumenta de 3 anos pelas qualificadoras e em seguida aumenta-se de 1/3, restando a pena final de 22 anos e 8 meses de reclusão. (fls. 97-99)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No caso, da leitura do aresto combatido verifica-se que o colegiado, analisando as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis à ALEXANDRE, além daquelas reconhecidas na sentença, que foram **os antecedentes criminais e a personalidade**, ainda a **sua culpabilidade e as consequências do crime**.

Quanto à FRANCISCO, o Tribunal admitiu como negativas aquela reconhecida na sentença, a saber, **as circunstâncias do delito**, acrescentando as referentes **à culpabilidade e às consequências do crime**.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu" (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

Nesse contexto, não há ilegalidade no acórdão a ser sanada através da via eleita, quando considerou desfavorável a culpabilidade dos condenados, uma vez que, da dinâmica dos fatos relatados na denúncia, infere-se que o crime foi cometido contra criança, menina com então 11 (onze) anos de idade (fls. 81), por determinação/ordem de FRANCISCO, companheiro da mãe da vítima, por vingança, haja vista ter contado a seus familiares que esse réu havia abusado sexualmente dela, tendo ainda a ofendida sofrido uma série de torturas e abusos sexuais até sua execução final, por nada menos do que seis agentes, dentre eles ALEXANDRE, que aceitou a incumbência de matá-la, sendo que os demais executores acabaram não sendo identificados (fls. 33-34), circunstâncias que, à toda evidência, demonstram maior reprovabilidade da conduta dos pacientes, a justificar a elevação da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Na sequência, considerou-se que ALEXANDRE demonstrava *"possuir personalidade voltada para o crime, como consta de sua FAC, e uma intensa periculosidade, na medida em que é conhecido como responsável por matar pessoas na comunidade em que reside"*, o que constitui fundamentação idônea e suficiente para ensejar maior pena-base, pois, segundo CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT: *a "Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu"* (Código penal comentado, 5ª ed., Saraiva:SP, 2009, p, 179).

E, com efeito, o fato de ALEXANDRE ser conhecido na comunidade em que residia como alguém que costumava assassinar pessoas, tendo inclusive a alcunha de "mil reais", por si só já demonstra sua periculosidade acentuada, evidenciando ainda sua personalidade voltada à prática de delitos graves, comprovada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela sua FAC, onde consta condenação ao cumprimento de 34 (trinta e quatro) anos de reclusão pela prática de outro homicídio triplamente qualificado (fls. 125-126 e 128), autorizando maior elevação da reprimenda em razão da negatividade dessa circunstância judicial.

Ao prosseguir na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, foi considerado desfavorável aos pacientes a referente às consequências do delito, haja vista a extensão do sofrimento dos familiares próximos da vítima, que somente após 20 (vinte) meses do desaparecimento da menor, tempo em que buscaram incessantemente encontrá-la, contactando órgãos de ajuda na busca de pessoas e meios de comunicação, souberam de seu trágico fim, sem falar ainda que nesse período receberam telefonemas do menor envolvido no crime, ao que consta a mando de ALEXANDRE, exigindo resgate para libertá-la; ou seja, houve tentativa de obtenção de vantagem financeira com o desaparecimento da criança, o que findou por incutir na família da menor esperanças de encontrá-la viva, o que efetivamente aumentou ainda mais o desespero e a dor dos parentes próximos, quando souberam que havia sido brutalmente assassinada.

Ensina a doutrina que as consequências do delito "*são os efeitos da conduta do agente, o maior ou menor dano (ou risco concreto de dano) para a vítima ou para a própria coletividade*" (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 188), e, no caso, a extensão dos danos gerados pelos atos criminosos dos pacientes servem para embasar o aumento de pena na primeira etapa da dosimetria, vez que causaram maior sofrimento aos familiares da vítima, em razão do seu desaparecimento por 20 meses, período em que, ao que consta, tentaram ainda obter vantagem financeira com tal situação.

E, em razão dessas considerações, elevou-se a sanção básica dos pacientes para 15 anos de reclusão para ALEXANDRE e para 14 anos de reclusão para FRANCISCO, montante que, diante das particularidades do caso concreto e da motivação apresentada pelo Tribunal apontado como coator, não se pode concluir como manifestamente ilegal ou mesmo desproporcional; **ao contrário, revela-se justo e atende aos fins a que se propõe a aplicação da pena = necessidade de reprovação da conduta incriminada na forma como cometida, sem perder de vista**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as características pessoais daqueles a quem a sanção se destina.

Nesse contexto, e à luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença ou do acórdão quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal.

Na segunda etapa da dosimetria, considerou-se que, sendo três as qualificadoras, a primeira servia para qualificar o crime e as demais para agravar a pena, na qualidade de circunstâncias legais.

E assim decidindo a Corte impetrada não incidiu em constrangimento ilegal, nem em ofensa ao sistema trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do CP, pois, sendo três as qualificadoras do delito expressamente reconhecidas na hipótese - motivo torpe, emprego de meio cruel e uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima - possível a utilização de uma para qualificar o delito e das outras duas como circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas no art. 61 do Código Penal, como ocorre no caso, segundo o entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência desta Corte Superior.

A propósito:

CRIMINAL. HC. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE QUESITO REFERENTE À REINCIDÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. PENA-BASE. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DE DUAS MAJORANTES. LEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.

I - Não se conhece de alegação de inexistência de quesito referente à reincidência do paciente, se o tema ainda não foi apreciado em 2º grau de jurisdição, sob pena de indevida supressão de instância.

II - Reconhecidas duas qualificadoras, não há ilegalidade na consideração de uma para qualificar o tipo e, de outra, como circunstância negativa – como agravante, quando prevista, ou como circunstância judicial, residualmente.

III - Caracterizada a dupla valoração de condenação anterior como Maus antecedentes e reincidência, tem-se como insuficientemente justificada a exacerbação procedida na dosimetria da pena.

IV - É viável o exame da dosimetria da reprimenda por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - Writ parcialmente conhecido e ordem concedida para determinar que, sem prejuízo à condenação, outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia da dupla valoração do específico antecedente do réu e fundamentando-se o aumento da pena-base devidamente.

(HC 13.708/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2001, DJ 11/06/2001, p. 241 - grifamos)

De se observar, nesse ponto, em relação à ALEXANDRE, que o fato de o colegiado ter inicialmente reduzido a reprimenda por força da atenuante da menoridade, reconhecida em seu favor, e após agravado a sanção em razão da presença das duas qualificadoras, haja vista que previstas como agravantes, de forma alguma prejudicou esse paciente, já que, mesmo invertendo-se a operação, a pena, nessa etapa, restaria nos mesmos 16 (dezesseis) anos de reclusão estipulados no acórdão, afastando, assim, qualquer ilegalidade por ventura ocorrida nessa etapa.

Igualmente não merece guarida o pleito de compensação das agravantes utilizadas para elevar a sanção de ALEXANDRE com a atenuante da menoridade relativa, admitida em seu benefício, já que, embora se reconheça que a doutrina e jurisprudência pátrias tem defendido o entendimento de que, nos termos do prescrito no art. 67 do CP, a menoridade prevalece sobre todas as demais circunstâncias atenuantes e agravantes, pois ligada à personalidade ainda em formação do agente, na hipótese são duas as agravantes reconhecidas em desfavor dos pacientes, não havendo como ser procedida à compensação almejada.

Como leciona RICARDO AUGUSTO SCHMITT, devemos lembrar "*dos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da coerência, que devem nortear os julgados, ou seja, da real necessidade de se promover a correta adequação de situações materialmente diversas com a melhor e mais justa aplicação da lei penal*", lembrando, ainda, que "*o grau de preponderância se refere ao concurso de circunstâncias legais entre si, de forma isolada, uma frente a outra, não podendo se imaginar, por exemplo, que apenas a circunstância atenuante da menoridade (que é a rainha das circunstâncias legais) possa, sozinha, preponderar sobre as agravantes da reincidência, crime cometido por motivo fútil, crime cometido contra criança e crime cometido com emprego de meio cruel, [...], vez que, nestes casos, não estaria o julgador preocupado em observar os já citados princípios da proporcionalidade, da isonomia e da coerência que devem nortear os julgamentos*" (Sentença penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória. Aspectos práticos e teóricos à elaboração. 4ª ed. Jvs Podium:BA, 2009, p. 161 e 162).

Dessa forma, não há como acoimar de ilegal o acórdão no ponto em que entendeu preponderante, na espécie, **as duas agravantes** do crime, cometido com emprego de meio cruel - tortura - e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima - a ofendida teve seus pés e mãos amarrados quando da execução do delito - igualmente relevantes, sobre a **atenuante** da menoridade relativa, elevando a sanção de ALEXANDRE em 3 (três) anos em relação às agravantes e reduzindo-a em seguida de 2 (dois) anos em relação à atenuante, pois em consonância com os preceitos do art. 67 do CP e ainda de acordo com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, e ainda a suficiência da aplicação da pena.

Por fim, no que diz respeito ao reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 121, § 4º, do CP, em desfavor de ambos os pacientes, tem-se que a Corte originária houve por bem acolher o apelo ministerial nesse ponto, ao argumento de que:

Como bem requerido pelo órgão de acusação, deve incidir, ainda, a circunstância de ser a vítima menor de 14 anos de idade.

Trata-se de aumento de pena previsto no parágrafo 4º, última parte, do artigo 121 do CP. Trata-se de circunstância legal especial de natureza objetiva e de aplicação obrigatória, e como tal independe de ser indagada aos jurados. (fls.)

No caso concreto, infere-se que a causa de aumento em exame foi objeto da denúncia (fls. 34), tendo sido admitida na pronúncia (fls. 48 e 49), e foi apontada no libelo-crime acusatório, o qual findou integralmente sustentado em plenário, consoante consta da Ata da Sessão de Julgamento (fls. 107).

Certo que a redação do art. 484 do CPP à época do julgamento, ocorrido em 30-3-2006 (antes da edição e entrada em vigor da Lei 11.689/2008), determinava a quesitação de causa especial de aumento de pena, veja-se:

Art. 484 - Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

I - o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo;

II - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários;

III - *se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude;*

IV - *se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;*

V - *se forem um ou mais réus, o juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação;*

VI - *quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza. (grifamos)*

Tal previsão existe porque as causas de aumento, circunstâncias legais específicas, que **obrigam** o juiz a elevar a *"pena em quantidades estabelecidas pelo próprio legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis"*, chamadas também pela doutrina de *"qualificadoras em sentido amplo"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3ª ed. RT:SP, 2009, p. 155), tem a natureza de integradoras da estrutura típica do delito, por isso permitindo ao julgador a fixação de reprimenda superior ao máximo legalmente previsto pelo legislador, *"uma vez que foi também o legislador quem idealizou aumentos e diminuições em quantidades pré-estabelecidas"* (op. cit., p. 156), por considerar que o crime, quando cometido com ou na forma das causas elencadas, seria gravado com maior reprovabilidade ou censura.

A causa de aumento em questão, está assim prevista, na parte que interessa: *"Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos"* (art. 121, § 4º, última parte, do CP).

Trata-se de agravadora de cunho estritamente objetivo, já que para a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência basta o cotejo com o documento público indicador da idade da vítima, ou seja, é de mera constatação, pelo que se pode concluir que, tal previsão, incluída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, atinge **necessariamente** a todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for comprovadamente praticado contra menor de 14 (quatorze) anos, se encontrando, assim, dentro da competência do Juiz-presidente, eis que adstrita à dosimetria da pena, sendo portanto **desnecessária a obrigatoriedade de sua quesitação** aos jurados, até para não se incorrer em perplexidade em casos que, atestada documentalmente que a idade da vítima era inferior a indicada na majorante, o Júri negar a sua incidência, dando ensejo à nulidade do julgamento plenário.

Dessa forma, não há o que se falar em constrangimento ilegal quando o Tribunal, acolhendo o reclamo do órgão de acusação, elevou a reprimenda dos pacientes por força do previsto no art. 121, § 4º, parte final, do CP, uma vez que não fere o princípio da soberania dos veredictos a aplicação da causa de especial aumento apontada, por se encontrar dentro da competência do Juiz-presidente para a aplicação da reprimenda, pois se trata de circunstância objetiva que não altera o tipo penal violado, relativa ao fato de ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos ao tempo do crime, circunstância comprovadamente demonstrada nos autos principais e que inclusive foi objeto da denúncia, da pronúncia, do libelo-crime acusatório e da sustentação da acusação em plenário, inexistindo, portanto, qualquer surpresa ou cerceamento à defesa em relação a sua incidência na hipótese,

Diante de todo o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0117947-8

HC 139.577 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20040010135852

EM MESA

JULGADO: 21/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : ÁLVARO ANTÔNIO SÁGULO BORGES DE AQUINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE DA SILVA GALDINO (PRESO)

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.