



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.539 - SP (2015/0136258-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JEFERSON OTACILIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON OTACILIO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, I E IV C/C O ART. 61, I, AMBOS DO CÓDIGO PENAL (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) HOMICÍDIO COM DUAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADO O *BIS IN IDEM*. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, não há falar em redução da pena-base, tendo em vista que as instâncias de origem arrolaram elementos concretos quanto às circunstâncias judiciais do delito, sobretudo em relação ao fato do réu integrar organização criminosa e pela extrema violência externada, aumentando a pena-base em 2/3 (dois terços).

3. O entendimento adotado pelas instâncias ordinárias se coaduna com a jurisprudência sufragada por este Sodalício, que assevera que "havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual" (HC 143.149/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015).

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de setembro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.539 - SP (2015/0136258-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JEFERSON OTACILIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON OTACILIO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por JEFERSON OTACÍLIO DA SILVA, em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0004075-09.2012.8.26.0052).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 61, I, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo defensivo, mantendo-se inalterada a sentença de primeiro grau. Eis a ementa do acórdão (fl. 23):

HOMICÍDIO — PRELIMINAR — CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA Impossibilidade - A preliminar argüida pela Defesa não merece prosperar. Inicialmente, nota-se que o requerimento de juntada aos autos da filmagem em questão sequer foi formulado pela Defesa em suas alegações finais (fls. 326vº e 327). Não bastasse, observe-se que a D. Defesa, durante a Sessão Plenária, conforme ata de sessão de julgamento, também não fez menção e não requereu a juntada dessa filmagem aos autos, razão pela qual este requerimento restou precluso. Nesse sentido a jurisprudência: "A parte que se sentir prejudicada por nulidade em plenário, por ventura existente, deve manifestar seu inconformismo logo após a ocorrência, sob pena de preclusão. Entendimento do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal" (TSTJ 109/247).

HOMICÍDIO - Decisão contrária à evidência dos autos - Inocorrência - Hipótese em que o conselho de sentença adotou uma das versões factíveis presentes nos autos - Recurso improvido.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante/paciente a inadequação da pena-base aplicada, de 20 (vinte) anos de reclusão, mostrando-se por demais gravosa, excedendo o necessário e suficiente para a prevenção e repressão do crime.

Afirma que se afigura adequada a fixação da pena-base em 16 (dezesseis) anos, patamar sobre o qual deveria incidir as majorantes "referente, inciso I, do artigo 61 e inciso IV, art. 121, todos do CP" (fl. 4), na fração de 1/4 (um quarto), totalizando a pena definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão.

Pondera que se encontra evidenciado o *bis in idem*, haja vista que as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância fáticas que ensejaram a configuração do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV e V, do CP) foram novamente valoradas para a majoração da pena.

Acrescenta que a agravante da reincidência não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Verbera que o aumento da sanção na segunda ou terceira fase do sistema legal de fixação da pena exige fundamentação concreta, não se afigurando suficiente, para a sua exasperação, a mera indicação do número de majorantes, exigência essa inobservada tanto na sentença de primeiro grau como no acórdão apelatório que a confirmou.

Ao final, pugna pela concessão da ordem, a fim de que seja mitigada a reprimenda que lhe foi imposta.

Informações prestadas às fls. 40/41, 43/57 e 59/71.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Marcelo Moscoliato (fls. 75/79), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.539 - SP (2015/0136258-7)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, I E IV C/C O ART. 61, I, AMBOS DO CÓDIGO PENAL (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) HOMICÍDIO COM DUAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADO O *BIS IN IDEM*. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, não há falar em redução da pena-base, tendo em vista que as instâncias de origem arrolaram elementos concretos quanto às circunstâncias judiciais do delito, sobretudo em relação ao fato do réu integrar organização criminosa e pela extrema violência externada, aumentando a pena-base em 2/3 (dois terços).

3. O entendimento adotado pelas instâncias ordinárias se coaduna com a jurisprudência sufragada por este Sodalício, que assevera que "havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual" (HC 143.149/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015).

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Neste *mandamus*, insurge-se o impetrante/paciente contra a majoração de sua sanção, na primeira e segunda fases da dosimetria.

Consigne-se que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil".

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, de 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada".

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA.

AGRAVANTE.

REINCIDÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados".

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012).

Nessa senda, confirmam-se os termos do *decisum* condenatório, no que interessa (fls. 16/21):

(...)

Atendendo à soberana decisão dos Senhores Jurados, passo à dosagem da pena.

Atentando-se aos elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que a altíssima culpabilidade do acusado, isto é, o elevado grau de reprovabilidade de sua conduta; sua personalidade distorcida; a exacerbada intensidade do dolo com que se houve; sua conduta social incompatível; as traumáticas consequências do delito; e o comportamento da vítima merecem ser sopesados e, assim, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Com efeito, segundo a prova oral e documental existente nos autos, verifica-se que o réu é pessoa de extrema periculosidade, membro da organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, que visa estabelecer um poder paralelo neste Estado, enfrentado os Poderes constituídos, sobretudo integrantes da Força Pública, Policial Militares, disseminando o medo na sociedade e afrontando o Estado Democrático de Direito, o que não se pode admitir, merecendo pois repressão vigorosa e a altura da audácia com que agem.

Veja-se, neste particular, que a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, por duas vezes, já solicitou cópia de peças dos presentes autos a fim de possibilitar a (fls. 402 e 421) transferência do réu a Penitenciária Federal, reservada para presos de altíssima periculosidade, conforme declarado pelo digno Delegado de Polícia ouvido em plenário.

Ainda, merece destaque o fato de que o réu, além de integrante de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

facção criminosa, como meio de sua subsistência e de sua família, era dado à exploração de jogos de azar por meio de máquinas caça-níquel, o que também configura ilícito penal, demonstrando, também por isso, conduta social incompatível.

Ademais, não se podendo considerar o porte ilegal da arma, empregada no crime, como delito autônomo, mister considerá-lo como circunstância judicial desfavorável, na fixação da pena-base. Assim, cuidando-se de homicídio praticado com emprego de instrumento de alto poder vulnerante (pistola calibre nominal .40 e 9mm, conforme consta a fls. 106 do laudo), por pessoa desprovida de autorização legal para portar tal instrumento e que tinha pleno conhecimento de tal proibição, demonstrando, também por isso, elevadíssimo grau de reprovabilidade da conduta do réu.

Outrossim, a vítima foi atingida por uma dezena de disparos de armas de fogo, a maioria deles em regiões nobres do corpo (cabeça, tórax, pescoço e abdômen), conforme descrito no laudo de exame necroscópico de fls. 258/261, revelando dolo intenso na conduta criminosa e não só intenção homicida, mas exteriorização de brutalidade e acentuada maldade na ação.

De outro lado, insta considerar que tal brutal conduta foi perpetrada na frente de outras pessoas, alunos da academia de ginástica em que a vítima ministrava aulas de artes marciais, causando graves traumas nestas, conforme declarou a testemunha protegida "Bravo", ouvida em plenário. Com nítido temor, disse a testemunha que, por ter presenciado a execução da vítima e também quase ter sido atingida pelos disparos desferidos pelo réu, ficou "extremamente traumatizada", precisando se socorrer de medicamentos para dormir.

Ainda, conforme prova oral produzida em plenário, a vítima, além de honrado Policial Militar, integrante do batalhão da cavalaria, era pessoa altruísta, dotada de enorme bondade, afetuoso, carinhoso, preocupado em fazer o bem aos demais, professor de artes marciais que, segundo as palavras da testemunha "Bravo", foi a pessoa mais incrível que ela teve a oportunidade de conhecer na vida, e que em nada contribuiu para ser morta.

Urge considerar, também, que a vítima era pai de família, possuía um filho de apenas 12 (doze) anos de idade, criança esta que, conforme dito pela testemunha 'Bravo' em plenário, era extremamente apegada ao pai e, por isso, à evidência, sofre muito a perda abrupta e precoce de seu genitor, principal referência masculina à saudável formação e crescimento de uma criança.

Por tais razões, sopesadas tais circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 20 (vinte) anos de reclusão.

À vista do reconhecimento de duas circunstâncias qualificadoras, uma (motivo torpe) foi utilizada para fixação da pena-base, enquanto a outra (recurso que dificultou a defesa da vítima) servirá como agravante para o cálculo da pena definitiva - RT 624/290. Tal valoração não representa *bis in idem*, pois uma qualificadora será utilizada para modificar a pena cominada ao delito, e a outra utilizada na segunda fase de dosimetria da pena, uma vez que ambas as qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença também se encontram presentes no artigo 61 do Código Penal, conforme inciso II, alíneas "a" e "c". Apenas haveria duplicidade caso a mesma qualificadora também fosse utilizada como circunstância agravante, o que não ocorreu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incide na hipótese, ainda, a agravante da reincidência, disciplinada no artigo 61, inciso I, do Código Penal, pois, anteriormente a prática do homicídio versado nestes autos, o acusado fora definitivamente condenado pela prática do delito tráfico de drogas, sendo apenado a um ano e oito meses de reclusão, cujo trânsito em julgado da condenação operou-se aos 16 de julho de 2008 e, até a data do cometimento do homicídio em tela, não havia transcorrido o período depurador disciplinado no artigo 64, I, do CP, conforme certidão criminal a fls. 393.

Destarte, na segunda fase da dosimetria penal, ante a presença de duas circunstâncias qualificadoras (recurso que dificultou a defesa das vítimas e reincidência), exaspero a pena de 1/4 (um quarto), resultando em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Nada a ser considerado na terceira etapa, pois não há causa de aumento ou diminuição de pena aplicável. Assim, à minguia de outras circunstâncias modificadoras aplicáveis, torno definitiva a pena estabelecida na etapa anterior.

Colhem-se estes fundamentos do aresto vergastado (fls. 64/65):

(...)

Passo, então, à análise da pena aplicada.

Corretamente, a pena-base foi majorada, sendo fixada em 20 (vinte) de reclusão, sob a alegação de que "o réu é pessoa de extrema periculosidade, membro da organização criminoso denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, que visa estabelecer um poder paralelo neste Estado, enfrentando os Poderes constituídos, sobretudo integrantes da Força Pública, Policiais Militares, disseminando o medo na sociedade e afrontando o Estado Democrático de Direito, o que não se pode admitir, merecendo, pois, repressão vigorosa e à altura da audácia com que agem. Veja-se, neste particular, que a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, por duas vezes, já solicitou cópia de peças dos presentes autos a fim de possibilitar a (fls. 402 e 421) transferência do réu a Penitenciária Federal, reservada a presos de altíssima periculosidade, conforme declarado pelo digno Delegado de Polícia ouvido em plenário (...) Outrossim, a vítima foi atingida por uma dezena de disparos de armas de fogo, a maioria deles em regiões nobres do corpo (cabeça, tórax, pescoço e abdômen), conforme descrito no laudo de exame necroscópico de fls. 258/261, revelando dolo intenso na conduta criminoso e não só a intenção homicida, mas exteriorização de brutalidade e acentuada maldade na ação (...) Ainda, conforme prova oral produzida em plenário, a vítima, além de honrado Policial Militar, integrante do batalhão da cavalaria, era pessoa altruísta, dotado de enorme bondade, afetuoso, carinhoso, preocupado em fazer o bem aos demais, professor de artes marciais que, segundo as palavras da testemunha "Bravo", foi a pessoa mais incrível que ela teve a oportunidade de conhecer na vida, que nada contribuiu para ser morta. Urge considerar, também, que a vítima era pai de família, possuía um filho de apenas 12 (doze) anos de idade, criança esta que, conforme dito pela testemunha "Bravo" em plenário, era extremamente apegada ao pai e, por isso, à evidência, sofre muito a perda abrupta e precoce do seu genitor, principal referência masculina à saudável formação e crescimento de uma criança".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, somente as razões sobreditas já seriam suficientes para a elevação da pena-base a 20 (vinte) anos de reclusão.

Também agiu corretamente o Magistrado sentenciante ao majorar a pena de 1/4 (um quarto) na segunda fase da dosimetria, com o fundamento de que "à vista do reconhecimento de duas circunstâncias qualificadoras, uma (motivo torpe) foi utilizada para a fixação da pena-base, enquanto a outra (recurso que dificultou a defesa da vítima) servirá como agravante para o cálculo da pena definitiva - RT 624/290. Tal valoração não representa bis in idem, pois uma qualificadora será utilizada para modificar a pena cominada ao delito e a outra utilizada na segunda fase da dosimetria da pena, uma vez que ambas as qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença também se encontram presentes no artigo 61 do Código Penal, inciso II, alíneas "a" e "c". Apenas haveria duplicidade caso a mesma qualificadora também fosse utilizada como circunstância agravante, o que não ocorreu. Incide na hipótese, ainda, a agravante da reincidência, disciplinada no artigo 61, inciso 1, do Código Penal, pois, anteriormente à prática do homicídio versado nestes autos, o acusado fora definitivamente condenado pela prática do delito de tráfico de drogas...".

Assim, adequada a fixação da pena em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

O regime fechado é o único compatível no caso concreto, em especial diante do quantum aplicado.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por JEFERSON OTACÍLIO DA SILVA, mantida, na íntegra, a sentença proferida.

Na espécie, da atenta leitura das decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias, penso não haver constrangimento ilegal no tocante à primeira fase da dosimetria da pena, eis que foram apontados pelo Tribunal elementos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido, amparados no fato do paciente ser pessoa extremamente perigosa, integrante de organização criminosa - Primeiro Comando da Capital -, dado à exploração de jogos de azar por meio de máquinas caça-níquel. Some-se a isso, o fato do crime ter sido perpetrado mediante a utilização de pistolas de auto poder vulnerante, calibres .40 e 9mm, tendo sido a vítima alvejada por uma dezena de disparos, a maioria deles nas regiões da cabeça, do tórax, do pescoço e do abdômen, na presença de diversas outras pessoas, alunos da academia em que a vítima ministrava aulas de artes marciais, causando-lhes graves traumas. Ademais, restou consignado pelas instâncias ordinárias tratar-se a vítima de honrado policial militar, com ótima reputação perante a sociedade.

Impende destacar, nesse sentido, que o aresto impugnado manteve, em sua totalidade, o édito condenatório, inclusive no que tange à fixação da pena-base, entendendo a Corte de origem não merecer reparos a sentença primeva, vez que as razões despendidas pelo juízo singular seriam suficientes para fundamentar sua exasperação no percentual adotado.

De fato, como se nota, o Tribunal de origem corroborou as particularidades fáticas, que motivaram a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais, a respaldar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acréscimo da pena na primeira fase da dosimetria.

Portanto, não há como reconhecer manifesto constrangimento ilegal no tocante à primeira fase da dosimetria da pena nesta via angusta.

Nessa toada, não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à dosimetria, no sentido de que, em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie. Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça. (HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie. (HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Por fim, no que se refere à alegação de *bis in idem*, porquanto as circunstâncias fáticas utilizadas para qualificar o crime de homicídio teriam sido novamente valoradas quando exasperação da pena, na segunda fase de sua dosagem, verifica-se que a alegação defensiva não procede.

Com efeito, as instâncias de origem salientaram que, dada a incidência de duas qualificadoras, motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima, uma seria utilizada como qualificadora e a outra como agravante para o cálculo da pena definitiva, de modo a não restar configurada a existência de *bis in idem*, entendimento que se coaduna com a jurisprudência cristalizada no âmbito deste Sodalício, que assevera que "havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual". (HC 143.149/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015)

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. QUALIFICADORA. EXASPERAÇÃO DA PENA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Segundo entendimento desta Corte Superior, reconhecida mais de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma qualificadora, uma delas implica o tipo qualificado, enquanto as demais podem ensejar a exasperação da pena-base ou ser utilizadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, se previstas no art. 61 do Código Penal.

2. A qualificadora relativa à promessa de recompensa (inciso I) foi sopesada para qualificar o delito de homicídio (deslocando a conduta da forma simples do homicídio para aquela com punição mais severa, prevista no § 2º do art. 121 do Código Penal). Já a qualificadora relativa ao emprego de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (inciso IV) foi devidamente valorada para fins de exasperação da reprimenda na segunda fase da dosimetria, em razão da agravante genérica prevista no art. 61, II, "c", do Código Penal.

3. Ordem não conhecida.

(HC 101.096/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)

HABEAS CORPUS. PENAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO (UMA VEZ) E TENTADO (DUAS VEZES). DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. SEGUNDA QUALIFICADORA ANALISADA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL BENÉFICO. APLICAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

(...)

3. A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

(...)

7. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC 228.151/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA. DOSIMETRIA. PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a presença de duas qualificadoras do homicídio, uma é utilizada para qualificar o delito e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), seja como agravante, quando prevista no art. 61 do CP, em homenagem ao princípio da soberania dos veredictos do Tribunal Popular e em decorrência do sistema trifásico de aplicação da reprimenda. Precedentes desta Corte.

2. A dupla qualificação da infração penal, por traduzir em um maior desvalor na conduta do agente pode, e deve, ser sopesada em seu desfavor quando da fixação da pena-base, incorrendo, por isso, violação do princípio do *non bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ordem denegada.

(HC 90.712/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 19/05/2008)

Assim, tem-se que a impetração substitutiva de Recurso Especial não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0136258-7

HC 326.539 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00040750920128260052 20140000419874 40750920128260052

EM MESA

JULGADO: 17/09/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFERSON OTACILIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON OTACILIO DA SILVA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.