



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 157.313 - RJ (2009/0244856-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SERGIO HENRIQUE GONÇALVES SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS PELA SURPRESA. ALEGADA NULIDADE PELO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE SEM QUESITAÇÃO AO JÚRI. QUESTÃO NÃO DEBATIDA PELA CORTE ORIGINÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 713 DO STF. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA O EXAME DA TESE DEFENSIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da sustentada ilegalidade referente à alegada nulidade do julgamento popular, ante a não submissão da agravante do motivo torpe ao corpo de jurados, tendo em vista que essa matéria não foi examinada pelo Tribunal de origem, até porque não requerido nas razões recursais, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Em razão das peculiaridades das quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal é restrito aos fundamentos da sua interposição. Súmula 713/STF.

3. Obedecendo as regras de competência vigentes, o Superior Tribunal de Justiça somente passa a ser competente ("ter o poder de exercer a jurisdição") para apreciar pedidos quando no exercício de sua competência funcional - originária ou recursal (art. 105 da Constituição Federal).

DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. UM TENTADO E OUTRO CONSUMADO. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE. PRETENDIDA COMPENSAÇÃO. PREPONDERÂNCIA DOS MOTIVOS DO DELITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. CRIMES PRATICADOS COM EXTREMA VIOLÊNCIA E CRUELDADE. AUMENTO JUSTIFICADO E PROPORCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Conforme dispõe o art. 67 do CP: "*No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência*".

2. Não há como acoimar de flagrantemente ilegal ou abusivo, ou mesmo desproporcional, a preponderância, na segunda etapa da dosimetria, da circunstância agravante disposta no art. 61, II, a, do CP - motivo torpe - sobre a atenuante da menoridade relativa - art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

65, I, do CP -, haja vista a existência de elementos concretos aptos a justificar a exasperação conforme procedida, já que o móvel dos delitos foi o fato de as vítimas negarem-se a colaborar com o tráfico de drogas supostamente desenvolvido pelos agentes e ainda porquanto os réus suspeitavam que ambos estariam passando informações à Polícia Militar sobre as atividades criminosas que desenvolviam.

REPRIMENDA. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS TENTADO E CONSUMADO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. CRITÉRIO DE AUMENTO. QUANTIDADE DE DELITOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Reconhecida a continuidade delitiva específica, aquela prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, o aumento de pena poderá ser de até o triplo, observados apenas os limites que seriam alcançados em caso de concurso material, e o de 30 anos, estabelecido no art. 75 do CP.

2. Não há ilegalidade na aplicação da fração de 2/3 (dois terços) para o aumento pelo art. 71, parágrafo único, do CP, pois foram dois os crimes cometidos com violência à pessoa e foram tidas como desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade do agente e as circunstâncias em que cometido o delito, com extrema violência e crueldade.

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), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 157.313 - RJ (2009/0244856-1) (f)

IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SERGIO HENRIQUE GONÇALVES SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de SERGIO HENRIQUE GONÇALVES SILVA contra acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, no julgamento da Apelação Criminal nº 2009.050.06804, interposta pela defesa, deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena-base imposta pelo crime tentado e reconhecer a continuidade delitiva, nos termos do art. 71, parágrafo único do Código Penal, redimensionando a reprimenda do paciente para 27 (vinte e sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática dos delitos tipificados no artigo 121, § 2º, inciso IV e no artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Reclama a impetrante, inicialmente, pelo reconhecimento da nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, posto que a circunstância do motivo torpe teria sido reconhecida sem que houvesse sido formulado o devido questionamento da matéria para o corpo de jurados, aduzindo que o Juiz-Presidente não poderia furtar ao Tribunal Popular a apreciação da tese, "*sob pena de violação ao princípio da soberania dos veredictos e clara invasão de competência, ambas de sede constitucional*" (fls. 9).

Sustenta, ainda, a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a exasperação da pena operada em razão do motivo torpe teria sido em maior proporção que a redução aplicada tendo em vista a menoridade do paciente, o que seria contrário aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Acrescenta que existem julgados desta Corte Superior no sentido de que seria cabível a compensação de tais circunstâncias, consideradas na segunda etapa da dosimetria.

Pondera que seria excessivo o *quantum* de aumento aplicado em razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do reconhecimento da continuidade delitiva pela Corte Estadual, ressaltando que os motivos elencados para justificar a fração de 2/3 (dois terços) "- ***crueidade e dolo - integram a própria natureza do crime ou serviram para recrudescer a pena base, mostrando-se vaga ou inidônea a fundamentação apresentada***" (fls. 15).

Ressalta que qualquer exasperação da pena acima da fração mínima legalmente prevista, ou seja 1/6 (um sexto), só poderia ser aplicada com base em elementos concretos constantes dos autos, sob pena de restar malferido o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Argumenta que, mesmo tendo sido reconhecida a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais na hipótese, a elevação da reprimenda pelo crime continuado seria desproporcional, principalmente porque não teria sido considerado o reduzido número de delitos.

Requer a concessão da ordem, para que seja anulada a sentença condenatória, ou, alternativamente, seja adequada a reprimenda aplicando-se uma maior redução na segunda fase da dosimetria e diminuindo-se a fração de aumento aplicada pela continuidade delitiva.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do *mandamus* e, nessa extensão, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 157.313 - RJ (2009/0244856-1) (f)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena total de 28 (vinte e oito) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos delitos tipificados no artigo 121, § 2º, inciso IV e no artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c artigo 14, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, porque, no dia 3-12-2007, por volta das 6h da manhã, junto com outros dois agentes, arrebataram as vítimas, obrigando-as a entrar em um veículo para posteriormente serem conduzidas para uma fazenda situada a cerca de 4 Km do local em que estavam.

Consta ainda que:

1ª Série:

[...]

Lá chegando, o segundo e terceira pessoa, com vontade de matar, desferiram golpe de faca na garganta de DIEGO DE SOUZA RODRIGUES e após efetuaram outros golpes no abdômen do mesmo, causando-lhe as lesões descritas no AECD de fls. 49.

O crime de homicídio só não se consumou por circunstâncias alheias a vontade dos acusados, uma vez que a vítima fingiu-se de morta para posteriormente receber socorro médico eficaz.

O crime foi cometido por meio de recurso que dificultou a defesa da vítima, ante a superioridade numérica dos agentes.

2ª Série:

Lá chegando, o primeiro acusado, com vontade de matar, em comunhão de ações e desígnios com os demais, agiam conjuntamente com o mesmo, efetuaram diversos golpes de faca em SÉRGIO SANTOS DE OLIVEIRA, causando-lhe as lesões descritas no AECD de fls. 57-59.

Tais lesões por sua natureza e sede foram a causa eficiente da morte da vítima.

O crime foi cometido por meio de recurso que dificultou a defesa da vítima, ante a superioridade numérica dos agentes. (fls. 59-60)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura do aresto combatido, tem-se ainda que:

O fato criminoso decorreu, segundo apurado na fase inquisitorial e confirmado em Juízo - sob o crivo do contraditório e da ampla defesa - da interferência do tráfico local que, comandado pelo corréu, auxiliado pelo apelante e terceira pessoa, resolveram executar as vítimas, após terem as mesmas recusado oferta de participação no nefando comércio ilícito e serem "diagnosticadas" como "X9", ou seja, informantes da Polícia local. (fls. 151)

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento, apenas para reduzir a pena-base imposta em razão do crime tentado e reconhecer a continuidade delitiva específica, nos termos do art. 71, parágrafo único do Código Penal, redimensionando a reprimenda do paciente para 27 (vinte e sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantido, no mais, o édito condenatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, da leitura do acórdão objurgado, verifica-se que a Corte de origem, quando do julgamento do recurso de apelação ora impugnado, não analisou a questão relativa à suposta nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri sob o argumento que a circunstância legal do "motivo torpe" teria sido reconhecida sem que houvesse sido formulado o devido questionamento da matéria para o corpo de jurados.

Desta forma, inviável a apreciação da matéria **diretamente** por esta Corte Superior de Justiça, primeiro porque a competência funcional deste Tribunal Superior está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida, em caso de *habeas corpus*, a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas no inciso I, alíneas *b* e *c*, da CF/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese que se apresenta, e segundo, para que não se invada a competência das instâncias inferiores, incidindo-se, conseqüentemente, na indevida supressão de instância.

Aliás, destaque-se que, segundo precedente da Sexta Turma deste Sodalício: *"Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição" (HC n.º 154.333/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16-9-2010, DJe 4-10-2010).

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, com arrimo em lições doutrinárias, firmou o entendimento no sentido de que o efeito devolutivo do recurso de apelação manejado contra decisões proferidas no procedimento dos crimes dolosos contra a vida é restrito ao fundamento da sua interposição, não havendo devolução ao órgão recursal do conhecimento pleno da matéria. Nesse sentido, veja-se o enunciado da Súmula n. 713, do Supremo Tribunal Federal: "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*", e o seguinte precedente desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI. CONTRARIEDADE AO LIBELO. PROTOCOLIZAÇÃO FACULTATIVA. DEFESA REGULARMENTE INTIMADA PARA SUA APRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Em processo penal, só há efeito devolutivo amplo na apelação interposta contra sentença proferida por Juiz singular. Já nos processos da competência do Tribunal do Júri, não se aplica a orientação desta Corte no sentido de ser possível conhecer de matéria não ventilada nas razões da apelação criminal.

2. Tal exame configuraria vedada supressão de instância, conforme entendimento sedimentado na súmula n.º 713 do Excelso Pretório: "[o] efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

3. De qualquer forma, a tese de nulidade pela falta da contrariedade ao libelo não poderia prosperar, por constar nos autos que o Patrono posteriormente constituído para defender o Paciente foi regularmente intimado para apresentar a peça, porém deixou fluir o prazo e não praticou o ato. É de se entender, assim, que a Defesa, devidamente intimada, optou pela faculdade processual de não apresentar a peça e adiantar a tese defensiva.

4. Explicita-se: "a falta de apresentação de contrariedade ao libelo, por si só, não constitui deficiência de defesa, já que tal omissão pode ser considerada como estratégia do causídico que opta por expor a tese defensiva apenas em plenário" (HC 97.795/SP, 5.^a Turma, Rel. Min JORGE MUSSI). Outros precedentes da 5.^a Turma: RHC 8.629/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 18.09.00;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 30.919/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 14.06.04; HC 21.848/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 24.03.03; HC 87.751/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJ de 22/09/2008. Da 6.^a Turma: HC 88.919/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJe de 06/09/2010.

5. Por fim, mencione-se que as nulidades referentes ao libelo crime-acusatório são relativas e, conforme esta Turma já decidiu em diversas oportunidades, restam preclusas quando não arguidas no momento posterior à sua suposta configuração.

6. Habeas corpus denegado.

(HC 160.882/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 31/08/2011)

Nesse contexto, não se conhece do *habeas corpus* nesse ponto.

Quanto à suposta ilegalidade decorrente da aventada desproporcionalidade da exasperação da pena, na segunda etapa da dosimetria, pela agravante do motivo torpe em relação à redução aplicada tendo em vista a atenuante da menoridade relativa do paciente, evidencia-se que a Corte *a quo* assim se pronunciou:

Pela presença da atenuante da menoridade, diminuiu a sanção em 1/10, estabelecendo-a em 14 (quatorze) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Em razão da circunstância do motivo torpe, estabelecida no art. 61, II, a, consistente no fato de o homicídio ter ocorrido pela recusa de trabalho na boca de fumo e por ter sido a vítima considerada "X-9", ou seja, pessoa que passa informações sobre o tráfico para o servido reservado da Polícia Militar, majorou a sanção em 1/8, ficando definitivamente fixada em 16 (dezesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

A Defesa pretende a compensação da atenuante da menoridade com a agravante do motivo torpe. A hipótese é a do art. 67 do C. Penal. Devem preponderar, no caso, os motivos determinantes e a personalidade do agente. Desta forma, o Juiz de primeiro grau acertadamente deu maior ênfase ao motivo torpe e não à menoridade. (fls. 156)

De fato, na segunda etapa da dosimetria, tem-se que o togado singular, embora tenha reduzido a sanção pela incidência da atenuante da menoridade - 65, I, do CP - na fração de 1/10 (um décimo), houve por bem aumentá-la de 1/8 (um oitavo) por conta do reconhecimento da agravante do motivo torpe - 61, II, a, do CP, ou seja, considerou preponderante a circunstância legal do motivo torpe.

E assim decidindo, não há como se acoimar de flagrantemente ilegal ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abusivo, ou mesmo desproporcional, o aumento procedido nessa etapa por conta da referida agravante, pois, conforme dispõe o art. 67 do CP: *"No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam **dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente** e da reincidência"*.

E, na hipótese que se apresenta, verifica-se a existência de elementos concretos aptos a justificar a preponderância do motivo torpe, primeiro porquanto consignado que o homicídio e tentativa de homicídio em questão foram cometidos pelo fato de as vítimas negarem-se a colaborar com o tráfico de drogas supostamente desenvolvido pelos agentes e ainda porquanto os réus suspeitavam que ambos estariam passando informações à Polícia Militar sobre as atividades criminosas que desenvolviam, merecendo preponderar na espécie.

Ademais, restou consignado na sentença que, diante da forma como os crimes foram cometidos - as vítimas foram espancadas, humilhadas e torturadas de diversas formas antes de serem esfaqueadas, e que, não obstante portarem arma de fogo, os agentes escolheram ceifar-lhes a vida com o uso de um canivete, tão somente com o intuito de aumentar-lhes o sofrimento (fls. 111 e 112) -, considerando ainda o Juízo singular que o fato de *"urinar na boca da vítima"* fatal *"e obrigá-la a praticar felação no acusado"*, ora paciente, demonstrava *"um desvio de conduta acentuado, bem como personalidade criminógena"* (fls. 113), o que, de certo, autoriza maior apenação, pois evidente também a negatividade de sua personalidade, diante da crueldade com que tratou as vítimas, fator a mais a autorizar a preponderância da agravante na espécie.

Ora, de acordo com a doutrina, a personalidade: *"Diz respeito à sua índole, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente. Deve-se averiguar se o crime praticado se afina com a individualidade psicológica do agente, caso em que essa sua personalidade voltada ao delito pesará em seu desfavor e, ao contrário, em seu favor"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 188).

Segundo CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT: *"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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 2ª ed., pág. 212).

De se destacar, por outro lado, que 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**, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça, o que, como visto, não é o caso dos autos.

A propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (19 ANOS E 6 MESES), DIMINUÍDA EM 4 ANOS EM RAZÃO DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. PENA FINAL: 15 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUMENTO DA PENA-BASE JUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

"1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na Ação de Habeas Corpus, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade flagrante, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos.

"2. No caso concreto, observaram-se estritamente os limites e condicionantes do art. 59 do CPB para a fixação da pena-base, justificando-se adequadamente a majoração acima do mínimo legal em vista das circunstâncias judiciais desfavoráveis, como o contexto do crime, premeditado e cometido de forma cruel após a vítima ter implorado por sua vida, a conduta social e a personalidade do paciente, que também se mostraram desfavoráveis, pois constantemente envolvido em alterações, andando armado e causando temor nos moradores do local em que reside.

"3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

"4. Ordem denegada" (HC n. 91.247/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20-11-2008).

Dessa forma, ausente ilegalidade na preponderância do motivo torpe sobre a menoridade do agente no caso.

No que tange ao aumento de pena procedido em razão do reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois crimes perpetrados pelo paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verifica-se que a Corte impetrada entendeu devida a elevação da reprimenda de 2/3 (dois terços), *"tendo em vista a intensa crueldade e o dolo praticado pelo agente em ambos os delitos"* (fls. 158).

E, assim decidindo, não se pode dizer que a Corte originária incidiu em constrangimento ilegal, visto que prescreve o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, que: *"Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias, aumento a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código"*.

Assim, a majoração da pena em razão da continuidade delitiva específica deve considerar não apenas 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.

Nessa linha, vejam-se os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO . SENTENÇA QUE CONSIDEROU UMA DAS QUALIFICADORAS COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. CRIME CONTINUADO. CRITÉRIOS PARA A EXACERBAÇÃO DA PENA.

I- Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do C.P., mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c da Lex Fundamental), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF).

II- Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único, do art. 71, do CP, considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo (Precedentes do STJ).

Ordem denegada." (HC 11.337/MS, Quinta Turma, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 27/03/2000.)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E DA UNIDADE DE DESÍGNIOS. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INTEGRAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Impõe-se o reconhecimento do crime continuado quando é incontroverso que os crimes foram cometidos nas mesmas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições de tempo, lugar e maneira de execução, bem como evidente a unidade de desígnios. No caso, descabe concluir que o Paciente possuía uma motivação autônoma para cada crime de homicídio tentado que cometeu ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, cometidos com violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.

3. "No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no caput do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime" (HC 69779/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 18/06/2007), e não poderá ultrapassar a margem prevista para o concurso material de crimes.

4. A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07.

5. Habeas corpus concedido para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Ordem concedida de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.

(HC 109.738/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010- grifamos)

Na espécie, verifica-se que o aumento de pena encontra-se devidamente justificado na desfavorabilidade das circunstâncias judiciais da culpabilidade, que se entendeu *"extrapolou a normalidade"*, na personalidade do agente, tida como *"criminógena"*, e especialmente nas circunstâncias em que cometidos os crimes, tendo em vista que ambos 00144038875087 foram praticados *"mediante extrema violência contra as diferentes vítimas"* (fls. 156), sendo certo que ambas as vítimas foram submetidas a várias formas de intenso sofrimento, físico e moral, conforme se depreende do seguinte trecho da sentença condenatória, referente à primeira fase da dosimetria quanto ao crime consumado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A conduta do acusado extrapolou a normalidade típica, tendo em vista as circunstâncias do crime. As consequências do delito não são normais à espécie, tendo em vista a desnecessidade dos meios utilizados pelo acusado para a prática do homicídio perpetrado contra a vítima Sérgio, pois tinha à sua disposição armas de fogo para utilizá-las, mas assim não o fez, decidindo causar grande sofrimento à vítima antes de sua morte, utilizando um canivete. Também é certo que antes de ceifar a vida da vítima foi esta extremamente agredida fisicamente, assim como psicologicamente, tendo sido desnecessário urinar na boca da vítima e obrigá-lo a praticar felação no acusado, demonstrando um desvio de conduta acentuado, bem como personalidade criminógena. (fls. 111/112).

Por essas razões, não se pode acoimar de injustificada a escolha do *quantum* de elevação de 2/3 (dois terços), já que é o próprio legislador que permite que o aumento, em casos de crime continuado específico, se dê até o triplo, observado apenas os limites que seriam alcançados em caso de concurso material, e o de 30 anos, estabelecido no art. 75 do CP.

A propósito, da doutrina de JULIO FABBRINI MIRABETE, retira-se:

A lei nova, porém, como foi visto, possibilita a aplicação da pena até o triplo quando se tratar de crimes dolosos contra a vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Esse aumento será possível quando, em primeiro lugar, as condições circunstanciais o indicarem (culpabilidade, antecedentes, conduta social, etc.). O dispositivo está destinado, como se afirma na exposição de motivos, aos delinquentes [...], de acentuada periculosidade, que devem ser distinguidos dos ocasionais. Em segundo lugar, não se poderá aplicar um aumento que supere a pena que seria aplicada em caso de concurso material (arts. 70, parágrafo único, c/c o art. 69). Por fim, o total da pena aplicada não pode ser superior a 30 anos, já que a unificação nesse hipótese é obrigatória (art. 75). Não se permite também aumento superior a dois terços nos crimes que, apesar de praticados com violência ou grave ameaça, tiveram como vítima sempre a mesma pessoa. (Manual de Direito Penal - Parte Geral - 24ª ed., Atlas:SP, 2007, p. 329 e 330)

De se destacar, nesse passo, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se daria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, **mas sim um exercício de discricionariedade vinculada**, que impõe ao magistrado, considerando a análise das oito circunstâncias mencionadas no art. 59 do CP, na hipótese já procedida pelas instâncias ordinárias, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Assim, negativas as circunstâncias judiciais já apontadas e não se olvidando que se cuida de homicídios tentado e consumado cometidos por motivo torpe, proporcional a elevação da sanção de 2/3 (dois terços), suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada.

Em casos semelhantes, este Superior Tribunal assim já decidiu:

CRIMINAL. RESP. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. VÍTIMAS DISTINTAS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

A continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, relaciona-se com os crimes continuados cometidos contra os bens personalíssimos, praticados dolosamente e com violência ou grave ameaça à pessoa, diferente da continuidade delitiva propriamente dita, prevista no seu caput, que cuida do tratamento jurídico penal relativo aos demais crimes praticados em continuidade delitiva.

Hipótese em que houve pluralidade delitiva de natureza dolosa e ofensa a vítimas diferentes, com emprego de violência, merecendo tratamento penal mais severo.

Aplicabilidade da regra prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp n. 799.811/PR, rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 7-12-2006)

Nesse passo, não há constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita nesse ponto, já que, como observado, devidamente justificada a fração utilizada para o aumento em razão do reconhecimento da continuidade delitiva específica.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0244856-1

HC 157.313 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12342007 20070110101185 200905006804

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMERICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : SERGIO HENRIQUE GONÇALVES SILVA

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), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.