



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 557.839 - ES (2020/0011065-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FLAVIA BORGES GOMES E OUTRO
ADVOGADOS : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA - ES018787
FLÁVIA BORGES GOMES LOBO - ES029288
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO DOS SANTOS DA CONCEICAO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO INCREMENTO. QUALIFICADORA DO PERIGO COMUM RECONHECIDA PELO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA DO *WRIT*. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA SOBRE A AGRAVANTE DO EMPREGO DE MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ILEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO INTEGRAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 713/STF. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, à toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.
4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, levando-se em conta a presença de duas circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de homicídio qualificado, chega-se à elevação de 4 anos e 6 meses e, portanto, à pena-base de 16 anos e 6 meses, nos exatos termos do reconhecido pelas instâncias ordinárias.
6. Quanto à qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, "não é cabível ao Tribunal de origem excluir qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, evidenciado pela sua desconsideração na dosimetria da pena, por configurar desconstituição parcial da decisão dos jurados e, conseqüentemente, violar o princípio da soberania dos veredictos" (AgRg no REsp 1.844.065/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/3/2020, DJe 9/3/2020).
7. Para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, que reconheceram a incidência da qualificadora do perigo comum, já que o crime fora praticado no meio da rua, em horário de grande movimentação, por meio de diversos disparos de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do *writ*.
8. Se o réu foi pronunciado pela prática do delito de homicídio triplamente qualificado, tendo sido a qualificadora do perigo comum amplamente discutida na sessão plenária e submetida ao júri, descabe falar em cerceamento de defesa na sua incidência, que restou mantida pela Corte de origem, já que não desassociada do contexto probatório amalhado nos autos.
9. Conforme o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, "a confissão espontânea e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito, consoante disposto no art. 67 do Código Penal (Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).
10. No caso, portanto, resta clara a preponderância da atenuante etária sobre a agravante, já que esta ostenta natureza objetiva, ligada ao meio de execução do crime, devendo ser revisto o cálculo dosimétrico, no ponto.
11. Quanto à pena do crime de tráfico de drogas, verifica-se que o pleito de reconhecimento do privilégio e de revisão da pena de multa não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a apreciação de tais matérias por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.
12. A teor do entendimento consolidado na Súmula 713/STF, "o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".
13. A minorante do crime de tráfico foi negada ao paciente em razão dos maus antecedentes. Logo, incabível a aplicação da mencionada benesse, uma vez que ausente o preenchimento dos requisitos legais.
14. "A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que não resta configurado indevido *bis in idem* a utilização de tal vetor [maus antecedentes] para aumentar a pena-base e, concomitantemente, afastar a minorante em questão" (HC 520.497/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 3/9/2019, DJe 12/9/2019).
15. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reconhecer a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância da atenuante da menoridade relativa sobre a agravante do emprego de meio que dificultou a defesa da vítima, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosagem da pena.

ACÓRDÃO

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 02 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 557.839 - ES (2020/0011065-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FLAVIA BORGES GOMES E OUTRO
ADVOGADOS : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA - ES018787
FLÁVIA BORGES GOMES LOBO - ES029288
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO DOS SANTOS DA CONCEICAO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **GUSTAVO DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO**, no qual é apontado como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 24 anos e 3 meses de reclusão, em regime prisional fechado, mais 500 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, III e IV, c/c o art. 29, do Código Penal, e no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 61-63).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 64-74).

Neste *mandamus*, os impetrantes sustentam, em síntese, que: a) "quanto a culpabilidade, verifica-se de plano não haver qualquer fundamento juridicamente aceitável para justificar a elevação da pena-base, apenas meras alegações inerentes ao próprio tipo penal (reprovabilidade da conduta), se tratando de considerações genéricas e abstratas, não tendo nenhuma informação adicional que consubstancie uma maior reprovabilidade, não podendo servir de embasamento para uma culpabilidade extremamente reprovável"; b) "o Paciente ostentava a primariedade ao tempo do cometimento do delito, malferindo assim o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF) e a Súmula 444 do STJ: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"; c) "não bastasse a sentença ser vaga e desprovida de fundamentação idônea a valorar negativamente os antecedentes do Paciente, o acórdão destoa totalmente do que determina a lei e a jurisprudência Pátria"; d) "a 2ª Turma da Suprema Corte, em recentíssima decisão entendeu que processos em andamento, sem trânsito em julgado, não podem servir de óbice a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas"; e) "ausente fundamento idôneo a justificar a elevação da pena-base da forma que fora feita, caso entendam por excluir as duas circunstâncias avaliadas de forma negativa erroneamente, a pena base deve ser aplicada no mínimo legal. E, se porventura, entenderem por valorar negativamente uma circunstância judicial, a pena base deve ser fixada em 14 (quatorze) anos e 03 (três) meses, considerando que nenhuma das circunstâncias do art. 59 do CP prepondera sobre as demais"; f) "O Magistrado sentenciante não apontou nenhum elemento para fundamentar o reconhecimento da qualificadora, tendo inclusive sequer condenado o paciente no referido inciso, conforme já demonstrado acima, e, em sede recursal, este único depoimento policial, eivado de achismos e suposições "BEM PROVÁVEL QUE VÁRIAS PESSOAS ESTIVESSEM NO LOCAL" foi o único elemento utilizado (inovado) pela Autoridade Coatora para "tentar" sanar o vício da omissão de fundamentação existente na sentença, com o fito de afirmar de que a prova é firme"; g) "a qualificadora que resultou em crime comum foi decotada pelo *Parquet* Estadual em plenário, e, em confronto com ao princípio do cerceamento de defesa, por não ter sido tese debatida em plenário, não caberia a condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela qualificadora, posto que incompatível com as provas, sendo devidamente reconhecido pelo IRMP"; h) "por ser manifestamente improcedente a qualificadora de perigo comum, que foi utilizada na segunda fase da dosimetria para agravar a pena, a defesa entende que a mesma deve ser afastada, devendo ocorrer o redimensionamento da pena que foi agravada no patamar de 1/6 pelo magistrado sentenciante"; i) "verifica-se claro constrangimento ilegal em decisão que eleva a pena do paciente em 1/6 somente com base numa agravante infundada, manifestamente improcedente e, desconsidera ainda a ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA, que É PREPONDERANTE, entendendo-a por compensá-la com outra agravante" (e-STJ, fls. 3-26).

Pugnam, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja: I) excluída a valoração negativa dos antecedentes e da culpabilidade na fixação da pena-base; II) reconhecida a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas; III) excluída a qualificadora do perigo comum; IV) ante a preponderância da menoridade relativa, seja reduzida a pena em 1/4 na etapa intermediária da dosagem da pena; V) determinado que a pena de multa observe o critério trifásico.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, apenas para reconhecer a preponderância da atenuante da menoridade relativa sobre a agravante do emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 557.839 - ES (2020/0011065-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FLAVIA BORGES GOMES E OUTRO
ADVOGADOS : FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA - ES018787
FLÁVIA BORGES GOMES LOBO - ES029288
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : GUSTAVO DOS SANTOS DA CONCEICAO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO INCREMENTO. QUALIFICADORA DO PERIGO COMUM RECONHECIDA PELO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA DO *WRIT*. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA SOBRE A AGRAVANTE DO EMPREGO DE MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. ILEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO INTEGRAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 713/STF. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, à toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.

5. No caso, levando-se em conta a presença de duas circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desabonadoras e o aumento de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de homicídio qualificado, chega-se à elevação de 4 anos e 6 meses e, portanto, à pena-base de 16 anos e 6 meses, nos exatos termos do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

6. Quanto à qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, "não é cabível ao Tribunal de origem excluir qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, evidenciado pela sua desconsideração na dosimetria da pena, por configurar desconstituição parcial da decisão dos jurados e, consequentemente, violar o princípio da soberania dos veredictos" (AgRg no REsp 1.844.065/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/3/2020, DJe 9/3/2020).

7. Para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, que reconheceram a incidência da qualificadora do perigo comum, já que o crime fora praticado no meio da rua, em horário de grande movimentação, por meio de diversos disparos de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do *writ*.

8. Se o réu foi pronunciado pela prática do delito de homicídio triplamente qualificado, tendo sido a qualificadora do perigo comum amplamente discutida na sessão plenária e submetida ao júri, descabe falar em cerceamento de defesa na sua incidência, que restou mantida pela Corte de origem, já que não desassociada do contexto probatório amealhado nos autos.

9. Conforme o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, "a confissão espontânea e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito, consoante disposto no art. 67 do Código Penal (Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

10. No caso, portanto, resta clara a preponderância da atenuante etária sobre a agravante, já que esta ostenta natureza objetiva, ligada ao meio de execução do crime, devendo ser revisto o cálculo dosimétrico, no ponto.

11. Quanto à pena do crime de tráfico de drogas, verifica-se que o pleito de reconhecimento do privilégio e de revisão da pena de multa não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a apreciação de tais matérias por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

12. A teor do entendimento consolidado na Súmula 713/STF, "o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

13. A minorante do crime de tráfico foi negada ao paciente em razão dos maus antecedentes. Logo, incabível a aplicação da mencionada benesse, uma vez que ausente o preenchimento dos requisitos legais.

14. "A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que não resta configurado indevido *bis in idem* a utilização de tal vetor [maus antecedentes] para aumentar a pena-base e, concomitantemente, afastar a minorante em questão" (HC 520.497/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 3/9/2019, DJe 12/9/2019).

15. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reconhecer a preponderância da atenuante da menoridade relativa sobre a agravante do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de meio que dificultou a defesa da vítima, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosagem da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

"Réu: Gustavo Crime: homicídio Evidenciada a culpabilidade do réu, sendo extremamente reprovada sua conduta, tendo demonstrado grande desapego à vida humana e, claramente, que tinha total consciência da reprovabilidade do seu comportamento, mormente planejando e premeditando a empreitada delituosa; há registro de antecedente criminal relativo aos autos do processo registrado sob o nº 00407392720128080024; não se demonstrou ter má conduta social; não há consequências do crime e nem circunstâncias a serem consideradas; o motivo já foi reconhecido pelo Conselho de Sentença, não podendo agora ser considerado como circunstância judicial; não restou devidamente demonstrado que a vítima contribuiu para o crime e nem que a personalidade do réu deva ser utilizada como critério de prevenção.

Assim, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal e ao decidido pelos Jurados, exaspero a pena-base do crime, fixando-a em 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, salientando apenas que, reconhecidas três qualificadoras, a primeira será utilizada para qualificar o delito e as demais causas serão utilizadas para integrar as circunstâncias agravantes na segunda fase, conforme sedimentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Resp 1113073/PE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5a T., DJe 29.05.2014) Presente a circunstância atenuante da menoridade (CP, artigo 65, inciso I) em concurso com as circunstâncias agravantes do recurso que dificultou a defesa da vítima e do perigo comum (CP, art. 61, II, "c" e "d"), compenso a atenuante com a primeira agravante e, remanescendo a segunda, a qual utilizo como vetor de aumento, fixo a pena provisória em 19 (dezenove) anos e 03 (três) meses de reclusão, anotando-se apenas que reputo correto o entendimento de que, ao colocar fim à menoridade aos 18 a nos, o Código Civil representa modificação de mentalidade que obsta a preponderância – por tradição - da atenuante da menoridade.

Ausentes causas de diminuição ou de aumento de pena, fixo a pena definitiva em 19 (dezenove) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Crime: tráfico O réu conta com registro de antecedente criminal relativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos autos do processo registrado sob o nº 00407392720128080024, motivo pelo qual, a teor disposto no art. 42 da Lei Antidrogas e do art. 59 do Cód. Penal, sua pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Presente a atenuante da menoridade, reduzo a pena para 05 (cinco) anos de reclusão, deixando de reduzi-la abaixo do mínimo legal diante do verbete da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça; ausentes circunstâncias agravantes, mantenho a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão.

Inexistindo causas de diminuição de pena, já que reconhecida a existência de antecedente criminal, o que afasta a minorante do art. 33, §4º da Lei Antidrogas diante da ausência de requisito legal, e ausentes causas de aumento de pena, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão.

Considerando que o preceito secundário da norma incriminadora vulnerada, cumulativamente, comina pena pecuniária, condeno-o, também, no pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, atento às diretrizes observadas na dosimetria da pena privativa de liberdade.

Em atenção ao artigo 43, da Lei Antidrogas, considerando a situação econômica do condenado de presumível precariedade financeira, estabeleço como valor unitário do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime, que deve ser convertido em moeda corrente, corrigido pelo índice oficial de atualização monetária, desde a data do fato até a do efetivo pagamento, em razão de o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, vedar vinculação ao salário mínimo.

Os crimes foram cometidos em concurso material, motivo pelo qual as penas devem ser somadas, a teor do disposto no artigo 69, do Código Penal.

Assim sendo, em estrita observância às respostas dos quesitos levados à votação pelos senhores jurados, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para condenar RENAN FREIRE TEOTÔNIO, vulgo "Renan Carneiro" ou "Pulenta", qualificado nos autos, a cumprir 21 (VINTE E UM) ANOS, 11 (ONZE) MESES E 22 (VINTE E DOIS) DIAS DE RECLUSÃO E NO PAGAMENTO DE 421 (QUATROCENTOS E VINTE E UM) DIAS-MULTA, condenando, ainda, GUSTAVO DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO a cumprir 24 (VINTE E QUATRO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E NO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, por terem infringido o art. 121, "§2º, I e IV, c.c. art. 29, do Código Penal, e art. 33, da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do caderno penal.

Os réus não preenchem os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade ou para a concessão da suspensão condicional da pena, devendo iniciarem o cumprimento de suas penas no regime fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal, c.c.

art 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.

Não há como aplicar o quanto disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, eis que o réu não preenche o requisito objetivo" (e-STJ, fls. 61-62).

O Colegiado de origem, por sua vez, desproveu o apelo defensivo, asseverando:

"Destarte, pelo exame de todo o contexto probatório, não há como acatar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as alegações da defesa, vez que a r. decisão do Conselho de Sentença se mostra perfeitamente em consonância com a prova dos autos, devendo por esta razão, ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

No sentido de respaldar o que foi acima exposto surge a jurisprudência do TJES:

“(…). 1. O Tribunal, ao analisar a apelação com base no art. 593, III, c de, do Código de Processo Penal, limita-se a observar se a sentença encontra-se totalmente dissociada das provas carreadas aos autos, sem possibilidade de juízo de valoração acerca do acerto ou não da decisão, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXVIII, “c”, da Carta Magna, que dispõe sobre a Soberania dos Veredictos. No caso dos autos, a decisão proferida pelo Tribunal do Júri possui respaldo nas provas produzidas no decorrer da instrução criminal, desmerecendo acolhida a submissão do réu a novo Júri (...)” (TJES, Classe: Apelação, 33130006324, Relator: FERNANDO ZARDINI ANTÔNIO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento:

22/07/2015, Data da Publicação no Diário: 29/07/2015, destaquei).

Também improcedente a alegação de que não restou configurada a qualificadora do perigo comum.

Apesar de ter o Parquet pleiteado em plenário o decote da qualificadora relativa ao meio que resultou perigo comum, verifica-se que só restaria nula a decisão do corpo de jurados que não se respaldasse em nenhum elemento constante nos autos.

Ora, basta um simples volver no depoimento prestado por uma das testemunhas, para se chegar a conclusão de que o crime em exame foi praticado em via pública, em horário de grande movimento, e por meio de diversos disparos de arma de fogo, ficando demonstrado, portanto, que o modus operandi empregado pelos apelantes foi capaz de resultar a qualificadora prevista no artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal.

Vejamos:

“(…); Que a rua onde ocorreu o crime é bem movimentada, e pelo horário que ocorreu o crime é provável que houvessem várias pessoas que presenciaram o delito; (...)” (Depoimento da testemunha Marcelo Tâmara Alves, fls. 293/294 – meu grifo).

Ante tais considerações não há como acatar as alegações promovidas pela Defesa no intuito de ver decotada a qualificadora supramencionada, vez que nos autos a prova é firme no sentido de sua configuração.

Neste contexto, forçoso concluir que existe nos autos sustentáculo probatório robusto para a versão acusatória acatada pelos Jurados, que deve ser mantida em respeito à soberania do Júri.

Aliás, digno de registro, peço venia para fazer a transcrição de trechos das pertinentes contrarrazões ministeriais:

“(…) A defesa dos apelantes alega que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos ao argumento de que a tese de negativa de autoria em relação aos crimes de homicídio e tráfico encontra guarida no caderno processual.

Também afirma que a resposta ao quesito relativo à qualificadora do perigo comum (art. 121, §2º, III do CP) não encontra respaldo probatório.

Contudo, a decisão condenatória proferida pelo corpo de jurados encontra, sim, amparo em provas acostadas aos autos.

O corpo de jurados, ao responder positivamente aos quesitos apostos às fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

490/491-verso, entendeu ter sido o crime de homicídio triplamente qualificado cometido pelos denunciados. Também entendeu estarem RENAN e GUSTAVO na posse de 210 papalotes e 2 embalagens de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal, para o fim de venda a terceiros pessoas.

In casu, só poderia o veredicto ser anulado caso não houvesse nenhuma informação concreta nos autos de que os apelantes incorreram em tráfico de entorpecentes e no delito previsto no art. 121, §2º, I, III e IV do CP.

Ora, a autoria delitiva do homicídio está devidamente comprovada através do laudo de exame de microcomparação balística e de percussão às fls. 246/ 255. Exame realizado nas armas encontradas na residência onde testemunhas teriam visto ambos os acusados adentrarem com a posse das mesmas, e saírem, em ato contínuo, sem elas. Tendo sido encontrada as chaves, dessa mesma residência, com os acusados, pelos policiais que percorreram, em sentido inverso, a rota de fuga tomada por RENAN e GUSTAVO, após o cometimento do crime de homicídio.

Ademais, além das armas encontradas na residência de nº 47, onde testemunhas teriam avistado os acusados adentrando, nos momentos seguintes ao cometimento do crime fora encontrado, além das armas usadas para consumação do crime (fls.

20/21), grande quantidade de entorpecente (fls. 22).

Para que não haja demasiada repetição, se reporta este parquet às declarações prestadas em fls. 284/287, 288/290, 291/292 e 293/296, todas sob o crivo do contraditório.

Por fim, apesar de ter o parquet pleiteado em plenário o decote da qualificadora relativa ao meio que resultou perigo comum, verifica-se que só restaria nula a decisão do corpo de jurados que não se respaldasse em nenhum elemento constante nos autos.

Ora, a interpretação de que a realização de disparos de arma de fogo em via pública e em horário de grande movimento (conforme prova testemunhal às fls. 293/294) é meio idôneo a causar perigo comum, está dentro do livre convencimento do júri, não sendo crível considerar que um entendimento diverso do órgão acusatório seria nulo, desde que, naturalmente, houvesse elementos suficientes a embasar a dinâmica acima descrita.

Do exposto, fica claro que a decisão do Conselho de Sentença não foi manifestamente contrária à prova dos autos. (...)” (fl. 524/524v).

Nas lúcidas palavras da ilustre Procuradora de Justiça parecerista, Dr^a. Andréa Maria da Silva Rocha, cujos sólidos argumentos incluo também dentre minhas razões de decidir:

“(…) Dessa forma, não restam dúvidas de que o Conselho de Sentença seguiu uma das teses defendidas em plenário, não havendo que se falar em decisão manifestamente contrária a prova dos autos.

No que tange à alegada nulidade em relação ao reconhecimento da incidência da qualificadora prevista no artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal, deve ser observado que o crime em exame foi praticado em via pública, em horário de grande fluxo de pessoas, e por meio de diversos disparos de arma de fogo, ficando demonstrado, portanto, que o modus operandi empregado pelos apelantes foi capaz de resultar perigo comum.

[...] Logo, a partir das declarações supracitadas, não há como se falar que a decisão dos jurados de reconhecer a qualificadora referente ao perigo comum vai de encontro ao conjunto probatório produzido.

Ademais, não se pode olvidar que de acordo com o artigo 5º, inciso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, no Tribunal Popular do Júri, vigora o princípio da soberania dos veredictos, somente sendo admissível a anulação do decisum exarado pelo Conselho de Sentença quando este adotar “tese integralmente incompatível com as provas dos autos”, o que não ocorre no caso sub examine.

[...] Portanto, se dentre as teses apresentadas e debatidas em plenário, o Conselho de Sentença decidiu por uma que seja compatível com as provas dos autos, não pode essa decisão ser anulada pelo Tribunal de Justiça. (...)” (fls. 531/531v/532).

Sobre a dosimetria da pena-base do delito de homicídio, não merece razão a afirmação da defesa.

O juízo monocrático agiu com acerto. Foram consideradas negativamente a culpabilidade dos agentes, tendo o magistrado sentenciante consignado expressamente a reprovabilidade alta e, ainda, em relação a Gustavo, seus antecedentes que, de fato, são invariavelmente maculados, eis que consta Guia de Execução Criminal (fl. 498/498v) demonstrando que o réu fora condenado definitivamente em 29/10/2013 por um fato ocorrido em 23/10/2012, ou seja, cometido antes do homicídio apurado na presente ação penal.

Desta feita, não há na hipótese nenhum equívoco ou erro ou até mesmo em fundamentação genérica na aplicação das penas-base, tendo o magistrado a quo justificado de forma satisfatória e baseado em critérios concretos o seu entendimento pela necessidade de afastar as reprimendas do mínimo cominado em lei.

É oportuno lembrar que uma circunstância desfavorável já é suficiente para elevar a pena base (TJES, Apelação Criminal nº 11070030355, Sérgio Bizzotto), razão pela qual não é possível a fixação da pena no mínimo patamar.

Ademais, diante do concurso de qualificadoras, uma serve para qualificar o homicídio e as outras podem ser examinadas como agravantes ou como circunstâncias judiciais, justamente para que a dosimetria da pena esteja em perfeita sintonia com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença.

Nesse sentido é entendimento exarado pelo Tribunal da Cidadania:

“(...) 2. Diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, uma delas deve ser utilizada para a configuração do tipo qualificado, enquanto que as outras deverão ser consideradas como circunstância agravantes, quando previstas como tal, ou, residualmente, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, tanto em virtude da sistemática do Código Penal quanto em respeito à soberania do Tribunal do Júri.

(...)” (STJ, HC 153.479/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 22/11/2010 – meu grifo) Foi justamente o que fez o douto Juízo a quo. O motivo torpe serviu para qualificar o homicídio, enquanto as outras qualificadoras – perigo comum e recurso que impossibilitou a defesa da vítima – foram utilizadas em outra fase da operação dosimétrica, como agravantes, sendo perfeitamente possível vislumbrar qual o aumento dela decorrente. Ao julgador de primeira instância, que tem maior contato com o caso e a prova, fica mais aconselhável a fixação da reprimenda, pois consegue analisar com maior proximidade a condição do autor do crime.

Mesmo porque, todas as oito circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, foram devidamente sopesadas, não havendo nenhuma mácula em seu critério de apreciação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fixação da pena guarda certa dose de discricionariedade, que no caso em tela foi usada de forma consentânea com o crime praticado pelos agentes que serão punidos de acordo com a gravidade de suas condutas. Na aplicação da pena o juiz deve nortear-se pelos fins a ela atribuídos (retribuição, prevenção geral e prevenção especial).

No caso sub judice, acredito que as penas aplicadas atendem tranquilamente todas as finalidades acima mencionadas, não havendo motivo para qualquer alteração no *quantum* das penas oriundas da decisão monocrática.

Por fim, objetiva a defesa o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Sem razão, todavia.

É que, tendo sido o *quantum* das reprimendas fixados em patamares superiores a 08 (oito) anos, correta a imposição de regime inicial fechado aos apelantes, nos termos do que alude o artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal” (e-STJ, fls. 69-73).

No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, à toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMEDITAÇÃO. DESLOCAMENTO DE QUALIFICADORA SOBEJANTE. PROCEDIMENTO CONSIDERADO ADEQUADO PELO STJ. MAUS ANTECEDENTES. VIOLAÇÃO À SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS. EXPRESSÕES VAGAS E REFERÊNCIAS GENÉRICAS. RESULTADO INERENTE AO TIPO. REPRIMENDA REAJUSTADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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

- No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

- Pode haver a valoração negativa da culpabilidade, uma vez que a premeditação, com o planejamento das ações, demonstra o maior desvalor dessa circunstância.

- Tendo os réus sido condenados pela prática do delito previsto no art. 121, § 2.º, incisos I e IV, do Código Penal, na forma tentada, nada impede que uma das circunstâncias qualificadoras seja deslocada para a primeira etapa dosimétrica, ensejando a valoração negativa da culpabilidade dos agentes.

- Ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Súmula 444/STJ.

- As consequências do crime de homicídio não podem ser avaliadas negativamente em razão do ordinário resultado morte da vítima ou do clima de insegurança produzido na sociedade, sem que se indiquem outras particularidades aptas a caracterizar a maior gravidade do delito em apenamento (e.g. o ofendido teria deixado dependentes).

- Na hipótese, impõe-se o decote das vetoriais dos antecedentes criminais e das consequências do delito, com o reajuste das reprimendas dos pacientes.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva de JOSIVALDO FERREIRA DA SILVA ao novo patamar de 8 anos e 4 meses de reclusão e a pena definitiva de JAILSON FRANCISCO DOS SANTOS ao novo patamar de 8 anos e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."(HC 532.902/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019, destacou-se).

Lado outro, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem, o que ocorreu na espécie.

2. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena inferior a quatro anos, mesmo diante da primariedade do réu.

4. Ordem não conhecida."

(HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PERÍODO DE DEPURAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento adotado pelo col. Pretório Excelso e pela Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base (precedentes).

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes (precedentes).

IV - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto nos arts. 33, § 2º e § 3º, e 59, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto à paciente, não reincidente, condenada a pena inferior a quatro anos, ostentando circunstância judicial desfavorável. Também não faz jus à substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria e, assim, redimensionar a pena da paciente."

(HC 344.386/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 05/05/2016)

Nesse contexto, deve ser mantida a valoração negativa das duas circunstâncias judiciais desabonadoras, passando-se, em seguida, ao exame da proporcionalidade do incremento da pena-base promovido na sentença.

Com efeito, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

No caso, levando-se em conta a presença de duas circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de homicídio qualificado, chega-se à elevação de 4 anos e 6 meses e, portanto, à pena-base de 16 anos e 6 meses, nos exatos termos do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

Quanto à qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, "não é cabível ao Tribunal de origem excluir qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, evidenciado pela sua desconsideração na dosimetria da pena, por configurar desconstituição parcial da decisão dos jurados e, conseqüentemente, violar o princípio da soberania dos vereditos" (AgRg no REsp 1844065/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/3/2020, DJe 9/3/2020).

De mais a mais, para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, que reconheceram a incidência da qualificadora do perigo comum, já que o crime fora praticado no meio da rua, em horário de grande movimentação, por meio de diversos disparos de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do *writ*.

Mais: se o réu foi pronunciado pela prática do delito de homicídio triplamente qualificado, tendo sido a qualificadora do perigo comum amplamente discutida na sessão plenária e submetida ao júri, descabe falar em cerceamento de defesa na sua incidência, que restou mantida pela Corte de origem, já que não desassociada do contexto probatório amealhado nos autos.

Quanto à segunda fase da dosimetria, percebe-se que a sentença promoveu a compensação integral entre a atenuante da menoridade relativa e a agravante do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Conforme o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, "a confissão espontânea e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito, consoante disposto no art. 67 do Código Penal (Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013).

No caso, portanto, resta clara a preponderância da atenuante etária sobre a agravante do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, já que esta ostenta natureza objetiva, ligada ao meio de execução do crime, devendo ser revisto o cálculo dosimétrico, no ponto.

Por fim, quanto à pena do crime de tráfico de drogas, verifica-se que o pleito de reconhecimento do privilégio e de redução da pena de multa não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a apreciação de tais matérias por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

Nesse diapasão:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PRETENSÃO DE NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES À SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU E DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATÉRIA NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A matéria debatida neste writ - nulidade dos atos posteriores à sentença por ausência de intimação do réu e do seu defensor constituído nos autos da sentença condenatória -, ainda que de ordem pública, não foi, em nenhum momento, objeto de exame pelas instâncias ordinárias, até porque nem sequer foi abordada na apelação interposta pela Defensoria Pública, razão pela qual não pode ser originariamente conhecida no âmbito desta Corte Superior de Justiça (art. 105, II, 'a', da Constituição Federal), sob pena de indevida supressão de instância.

2. É cabível a análise, em *habeas corpus*, da questão suscitada perante a Corte estadual e aqui reiterada, qual seja, a almejada intimação pessoal da sentença condenatória (ou na pessoa do seu defensor, caso solto o réu), visto que essa matéria não requer análise de controvérsia factual nem demanda produção de provas.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 71.499/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 9/10/2015, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA, NULIDADE DAS PROVAS E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DAS INFRAÇÕES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da aventada nulidade das provas produzidas, do alegado excesso de prazo para a custódia cautelar, bem como da desnecessidade da constrição em razão da classificação equivocada da conduta imputada ao paciente - uma vez que este seria mero usuário de drogas -, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

3. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária para a preservação da ordem pública, dada a gravidade das condutas incriminadas e o risco efetivo de perpetuação das atividades de traficância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A variedade, a quantidade de porções e a natureza altamente lesiva de um dos estupefacientes capturados, somadas à forma de acondicionamento do referido material tóxico, bem como às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - na companhia de um menor e em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes -, são fatores que indicam a periculosidade efetiva do envolvido e a potencialidade lesiva do crime perpetrado, autorizando a preventiva.
5. Condições pessoais favoráveis não teriam o condão de ensejar a revogação da prisão antecipada, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade do enclausuramento.
6. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 318.623/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/5/2015, DJe 28/5/2015, grifou-se).

Ainda, a teor do entendimento consolidado na Súmula 713/STF, "o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

Ad argumentandum tantum, observa-se que a minorante do crime de tráfico foi negada ao paciente em razão dos maus antecedentes. Logo, incabível a aplicação da mencionada benesse, uma vez que ausente o preenchimento dos requisitos legais.

Importa ressaltar que "a jurisprudência deste Tribunal Superior entende que não resta configurado indevido bis in idem a utilização de tal vetor [maus antecedentes] para aumentar a pena-base e, concomitantemente, afastar a minorante em questão" (HC 520.497/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 3/9/2019, DJe 12/9/2019).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** a ordem, de ofício, apenas para reconhecer a preponderância da atenuante da menoridade relativa sobre a agravante do emprego de meio que dificultou a defesa da vítima, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosagem da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0011065-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 557.839 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050395320138080024 00249548820138080024 249548820138080024
50395320138080024

EM MESA

JULGADO: 02/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FLAVIA BORGES GOMES E OUTRO
ADVOGADOS	: FILIPE CARLOS MACIEL FERREIRA - ES018787 FLÁVIA BORGES GOMES LOBO - ES029288
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: GUSTAVO DOS SANTOS DA CONCEICAO (PRESO)
CORRÉU	: RENAN FREIRE TEOTONIO
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

CERTIDÃO

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

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.