



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.013 - SP (2014/0048815-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA EMY YOKAICHIYA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PLINIO RODRIGO SOBRAL DE MACEDO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA AUMENTO DA REPRIMENDA PELO VETOR PERSONALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RÉU REINCIDENTE. VALORAÇÃO EQUIVOCADA NA PRIMEIRA FASE. MANUTENÇÃO. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL OU AGRAVANTE ENQUADRADA COMO QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO CONSELHO DE SENTENÇA E VIOLAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO DO JÚRI. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL PELO TRIBUNAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO IMPLIQUE PREJUÍZO AO RÉU. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "E", DO CÓDIGO PENAL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERÁ-LA NA SEGUNDA FASE SEM RECURSO DO *PARQUET*. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REDUÇÃO DA PENA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 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. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/9/2013). Precedentes.

3. A valoração negativa da personalidade, de acordo com os elementos considerados na sentença, é válida, porquanto atear fogo dolosamente na própria casa é indicativo de deformação psíquica grave, que denota total desprezo pela vida e patrimônio dos familiares, devendo ainda ser considerada a ausência de remorso e o intuito por ele externado no momento de sua prisão em flagrante de ceifar a vida de ambos os seus genitores. Ademais, alterar as conclusões acerca do incidente que ocasionou o incêndio requer revolvimento fático-probatório, providência inviável no rito sumário do *habeas corpus*, cuja instrução exige a juntada de prova pré-constituída.

4. Ao contrário da constatação do Tribunal *a quo*, o réu ostentava condenação penal transitada em julgado ao tempo dos fatos, em 20/7/2011, referente aos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 32129/2005, com início de cumprimento em 10/10/2005, nos termos da folha de antecedentes juntada. Percebe-se, contudo, que as instâncias ordinárias indevidamente valoraram a reincidência por ocasião da primeira etapa da dosimetria, quando deveria ter sido considerada como agravante. Por conseguinte, como o *quantum* de aumento na primeira etapa, em relação ao mesmo fato, é menor do que na segunda, de rigor é a manutenção da valoração da condenação transitada em julgado nos antecedentes, porquanto mais benéfico, em respeito à regra do *non reformatio in pejus*.

5. A alteração procedimental decorrente da Lei n. 11.689/2008 expurgou da *cognitio* dos jurados os quesitos relativos às agravantes e às atenuantes, cabendo ao juiz presidente decidi-las por ocasião da fixação da pena, bastando que sejam alegados os fatos ensejadores das agravantes e atenuantes nos debates, salvo quando, de forma concomitante, configurarem qualificadoras (CP, art. 121, § 2º), caso em que devem constar desde o início na imputação e, posteriormente, na pronúncia e para então serem quesitadas. É, pois, vedado ao órgão acusador suscitar na sessão de julgamento agravante correspondente à figura de qualificadora, como se constituísse fato diverso, sob pena de violação do art. 483, V, e § 3º, II, do Código de Processo Penal. Nesse diapasão, o mesmo raciocínio, relativo às agravantes similares às qualificadoras de homicídio, aplica-se às circunstâncias judiciais, porquanto haveria verdadeira usurpação da competência funcional do conselho de sentença de decidir acerca das qualificadoras, escamoteadas de agravantes ou circunstâncias judiciais, bem como flagrante violação ao procedimento especial do Tribunal do Júri.

6. No caso, o fato valorado negativamente pelo juízo singular, na segunda fase da modelo trifásico, consistiu na circunstância do crime, relativa à traição, à emboscada e à dissimulação. Trata-se, inequivocamente, de circunstância qualificadora do crime de homicídio, nos termos do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, motivo pelo qual se impõe sua presença na pronúncia e nos quesitos a serem votados, sendo inviável a apreciação direta pelo juiz presidente na dosimetria da pena-base.

7. Em recurso exclusivo da defesa, ressalte-se ser plenamente possível que o Tribunal retifique eventuais erros materiais presentes na sentença, desde que não implique prejuízo ao réu. A alteração da agravante do art. 61, II, "c", do Código Penal, aplicada pelo juízo singular, pela do art. 61, II, "e", pela segunda instância, implicou prejuízo ao réu, o que é vedado, tendo em vista que houve recurso exclusivo da defesa. Ainda, a aplicação da agravante do art. 61, II, "e" pelo Tribunal implicou *bis in idem*, pois o fato de o homicídio ter sido praticado contra o pai já foi igualmente valorado como circunstância judicial negativa na sentença. Por outro lado, sem recurso do *Parquet*, também seria indevida a valoração dessa circunstância exclusivamente como agravante, expurgando-a da primeira fase da dosimetria, restando inequívoco o prejuízo ao réu, pois seria esse fato valorado como agravante, e não como mera circunstância judicial. Por conseguinte, além da desconsideração da agravante do art. do art. 61, II, "c", como fez o Tribunal *a quo*, de rigor que a circunstância do acusado ter matado o próprio pai seja valorada apenas na pena-base, para não ser vulnerada a regra do *non reformatio in pejus*.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir a pena definitiva para 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, mantendo o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.013 - SP (2014/0048815-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA EMY YOKAICHIYA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PLINIO RODRIGO SOBRAL DE MACEDO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **PLINIO RODRIGUES SOBRAL DE MACEDO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 28 (vinte e oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 121, § 2º, inciso III, c/c o § 4º, última parte e art. 61, inciso II, alínea "c", todos do Código Penal.

Irresignado, interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA AS PROVAS DOS AUTOS - IMPOSSIBILIDADE - CONSELHO DE SENTENÇA QUE DENTRE AS TESES APRESENTADAS ESCOLHEU UMA DELAS, AFASTANDO A LEGÍTIMA DEFESA E O HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - INVIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO DIANTE DA SOBERANIA CONSTITUCIONAL DOS VEREDICTOS. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE MEIO CRUEL INADMISSIBILIDADE - MAJORANTE CONFIRMADA PELOS JURADOS. REDUÇÃO DA PENA - INVIABILIDADE - JUIZ PRESIDENTE QUE CONFORME O QUE FOI DECIDO PELOS JURADOS E COM BASE NO CASO CONCRETO ESTABELECEU A REPRIMENDA DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO." (e-STJ, fl. 99)

Neste *writ*, pugna o impetrante, em síntese, pela redução da pena base ao mínimo legal. Argumenta que a magistrada considerou a informação de que o acusado teria colocado fogo em sua casa como elemento apto a aumentar a pena-base, sem, contudo, ponderar as circunstâncias em que o fato ocorreu. Justifica que, na ocasião, o paciente estava em surto e que, inclusive, faz acompanhamento e toma remédios de tarja preta.

Em relação aos antecedentes do réu, aduz que o mesmo fato foi utilizado para fixar a pena base acima do mínimo legal e reconhecer a circunstância agravante da reincidência.

Entende que a elevação da pena com a agravante do art. 61, inciso II, "c" do Código Penal, referente à traição, à emboscada, à dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, não é admissível, porque a decisão de pronúncia não considerou essa circunstância, limitando a acusação ao art. 121, § 2º, III (meio cruel), c.c. art. § 4º, *"in fine"*, e art. 61, II, alínea "c", todos do Código Penal, fixando os limites da acusação.

Impugna a adequação realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao corrigir o erro material da agravante contida no art. 61, II, alínea "c", do Código Penal para a da alínea 'e' (contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge). Entende o impetrante que não é possível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao tribunal inovar a fundamentação da decisão.

Rechaça a aplicação da circunstância agravante do art. 61, II, 'e', do Código Penal, na primeira fase de dosimetria da pena para a fixação da pena-base, sob o risco de desrespeitar o método trifásico previsto no art. 68 do referido diploma legal.

Postula, assim, a concessão da ordem, para que seja reconhecida a inidoneidade da fundamentação realizada na dosimetria da pena e, subsidiariamente, seja reduzida a pena-base para 12 (doze) anos de reclusão e afastadas as causas de aumento da reincidência e do art. 61, II, "c", do Código Penal.

Não há requerimento de tutela provisória.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 119-125).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.013 - SP (2014/0048815-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA EMY YOKAICHIYA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PLINIO RODRIGO SOBRAL DE MACEDO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA AUMENTO DA REPRIMENDA PELO VETOR PERSONALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RÉU REINCIDENTE. VALORAÇÃO EQUIVOCADA NA PRIMEIRA FASE. MANUTENÇÃO. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL OU AGRAVANTE ENQUADRADA COMO QUALIFICADORA DO CRIME DE HOMICÍDIO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO CONSELHO DE SENTENÇA E VIOLAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO DO JÚRI. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL PELO TRIBUNAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO IMPLIQUE PREJUÍZO AO RÉU. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "E", DO CÓDIGO PENAL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERÁ-LA NA SEGUNDA FASE SEM RECURSO DO *PARQUET*. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. REDUÇÃO DA PENA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 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. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/9/2013). Precedentes.
3. A valoração negativa da personalidade, de acordo com os elementos considerados na sentença, é válida, porquanto atear fogo dolosamente na própria casa é indicativo de deformação psíquica grave, que denota total desprezo pela vida e patrimônio dos familiares, devendo ainda ser considerada a ausência de remorso e o intuito por ele externado no momento de sua prisão em flagrante de ceifar a vida de ambos os seus genitores. Ademais, alterar as conclusões acerca do incidente que ocasionou o incêndio requer revolvimento fático-probatório, providência inviável no rito sumário do *habeas corpus*, cuja instrução exige a juntada de prova pré-constituída.
4. Ao contrário da constatação do Tribunal *a quo*, o réu ostentava condenação penal transitada em julgado ao tempo dos fatos, em 20/7/2011, referente aos autos n. 32129/2005, com início de cumprimento em 10/10/2005, nos termos da folha de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores juntada. Percebe-se, contudo, que as instâncias ordinárias indevidamente valoraram a reincidência por ocasião da primeira etapa da dosimetria, quando deveria ter sido considerada como agravante. Por conseguinte, como o *quantum* de aumento na primeira etapa, em relação ao mesmo fato, é menor do que na segunda, de rigor é a manutenção da valoração da condenação transitada em julgado nos antecedentes, porquanto mais benéfico, em respeito à regra do *non reformatio in pejus*.

5. A alteração procedimental decorrente da Lei n. 11.689/2008 expurgou da *cognitio* dos jurados os quesitos relativos às agravantes e às atenuantes, cabendo ao juiz presidente decidi-las por ocasião da fixação da pena, bastando que sejam alegados os fatos ensejadores das agravantes e atenuantes nos debates, salvo quando, de forma concomitante, configurarem qualificadoras (CP, art. 121, § 2º), caso em que devem constar desde o início na imputação e, posteriormente, na pronúncia e para então serem quesitadas. É, pois, vedado ao órgão acusador suscitar na sessão de julgamento agravante correspondente à figura de qualificadora, como se constituísse fato diverso, sob pena de violação do art. 483, V, e § 3º, II, do Código de Processo Penal. Nesse diapasão, o mesmo raciocínio, relativo às agravantes similares às qualificadoras de homicídio, aplica-se às circunstâncias judiciais, porquanto haveria verdadeira usurpação da competência funcional do conselho de sentença de decidir acerca das qualificadoras, escamoteadas de agravantes ou circunstâncias judiciais, bem como flagrante violação ao procedimento especial do Tribunal do Júri.

6. No caso, o fato valorado negativamente pelo juízo singular, na segunda fase do modelo trifásico, consistiu na circunstância do crime, relativa à traição, à emboscada e à dissimulação. Trata-se, inequivocamente, de circunstância qualificadora do crime de homicídio, nos termos do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, motivo pelo qual se impõe sua presença na pronúncia e nos quesitos a serem votados, sendo inviável a apreciação direta pelo juiz presidente na dosimetria da pena-base.

7. Em recurso exclusivo da defesa, ressalte-se ser plenamente possível que o Tribunal retifique eventuais erros materiais presentes na sentença, desde que não implique prejuízo ao réu. A alteração da agravante do art. 61, II, "c", do Código Penal, aplicada pelo juízo singular, pela do art. 61, II, "e", pela segunda instância, implicou prejuízo ao réu, o que é vedado, tendo em vista que houve recurso exclusivo da defesa. Ainda, a aplicação da agravante do art. 61, II, "e" pelo Tribunal implicou *bis in idem*, pois o fato de o homicídio ter sido praticado contra o pai já foi igualmente valorado como circunstância judicial negativa na sentença. Por outro lado, sem recurso do *Parquet*, também seria indevida a valoração dessa circunstância exclusivamente como agravante, expurgando-a da primeira fase da dosimetria, restando inequívoco o prejuízo ao réu, pois seria esse fato valorado como agravante, e não como mera circunstância judicial. Por conseguinte, além da desconsideração da agravante do art. do art. 61, II, "c", como fez o Tribunal *a quo*, de rigor que a circunstância do acusado ter matado o próprio pai seja valorada apenas na pena-base, para não ser vulnerada a regra do *non reformatio in pejus*.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir a pena definitiva para 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, mantendo o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O 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.

Para apreciar a pretensão de revisão da dosimetria, faz-se necessário, inicialmente, expor, respectivamente, excertos da sentença condenatória e do acórdão impugnado:

"[...] Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, de natureza objetiva e subjetiva, deve-se ponderar que o réu ceifou a vida de seu próprio pai; o que, por si só, não só justifica, como exige uma maior reprimenda por parte do Poder Judiciário, posto que trata se de delito extremamente grave e que causa comoção e repulsa social, já que o que se espera é que um filho ampare o seu pai na velhice e não o mate a pauladas, ceifando sua vida prematura e deliberadamente. Ainda, o réu, uns oito meses antes, havia posto fogo na sua própria casa; demonstrando personalidade desvirtuada e total ausência de consciência familiar. Por fim, o réu ostenta péssimos antecedentes criminais, conforme se depreende de sua extensa FA.

Assim, e pelas razões acima apresentadas, fixo a pena-base em dezoito anos de reclusão.

Em segunda fase, não há atenuantes. O réu é reincidente. Ainda, há a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "c", do Código Penal, de modo que, aumento a pena em um sexto, que assim passa a ser vinte e um anos de reclusão.

Em terceira fase, não há causas diminuição da pena. Reconheço a causa de aumento prevista no artigo 121, § 4.º, ultima parte, posto que a vítima era maior de sessenta anos à época dos fatos, razão pela qual aumento a pena em um terço, que assim, passa a ser de vinte e oito anos de reclusão, que torno definitiva." (e-STJ, fls. 95-96)

"Sopesadas as diretrizes estabelecidas no art. 59, do Código Penal, bem como ao que dispõe o art. 68, do mesmo Diploma Legal, a douta Magistrada corretamente e de forma motivada, fixou a pena-base acima do mínimo, em 18 (dezoito) anos de reclusão, tendo em vista a culpabilidade e a personalidade do recorrente, as circunstâncias e as consequências do crime, atendendo assim, ao princípio da individualização da pena.

Em que pese, os argumentos trazidos pela douta defesa consignando que a pena-base foi estabelecida em dissonância ao que determina a lei, vê-se que, muito embora a vítima tenha iniciado a briga, pela dinâmica do ocorrido, a agressão foi extremamente desproporcional, utilizou-se o recorrente de dolo intenso para matar a vítima. Como se não bastasse, o apelante não demonstrou qualquer

arrependimento, pelo contrário, saiu da cena do crime e, ao ser preso, disse aos policiais que queria matar seus pais, fato também confirmado por seu tio, o que demonstra sua personalidade distorcida e total ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consciência familiar. Além de ser um crime grave que traz grande abalo e aversão social. Enfim, repito, a personalidade do agente, as circunstâncias do crime e a consequência do delito, demonstram que, apesar de rigoroso, o aumento é justo.

[...]

Na segunda fase, a pena foi majorada em 1/6, em razão da reincidência e da presença da agravante contida no art. 61, II, alínea c, do Código Penal, correto, seria a alínea e, porquanto, dispõe: contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

Com efeito, não há que se falar em bis in idem, uma vez que, em que pese, a Magistrada ter consignado, na primeira fase, que se espera de um filho é o amparo ao pai na velhice e não que o mate a pauladas, a exasperação naquela etapa foi motivada, como acima disposto, por outros motivos e não o parentesco entre os envolvidos.

Por outro lado, no tocante a reincidência, realmente, ela não poderia ser considerada, uma vez que, pela folha de antecedentes há apenas uma condenação transitada em julgado. Entretanto, sua exclusão não repercutirá na pena, já que, houve o aumento mínimo de 1/6 em razão da outra agravante.

Correto, também o aumento da pena, em 1/3, previsto no art. 121, § 4º, última parte do Código Penal, uma vez que a vítima era maior de sessenta anos, o que resultou, definitivamente, em 28 (vinte oito) anos de reclusão.

O regime inicial de cumprimento é o fechado, por expressa disposição de lei (art. 33, § 2º, do Código Penal)." (e-STJ, fls. 104-106)

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/9/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/5/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/2/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/2/2015).

A valoração negativa da personalidade, de acordo com os elementos considerados na sentença, é válida, porquanto atear fogo dolosamente na própria casa é indicativo de deformação psíquica grave, que denota total desprezo pela vida e patrimônio dos familiares, devendo, ainda, ser considerada a ausência de remorso e o intuito por ele externado no momento de sua prisão em flagrante de ceifar a vida de ambos os seus genitores. Ademais, alterar as conclusões acerca do incidente que ocasionou o incêndio requer revolvimento fático-probatório, providência inviável no rito sumário do *habeas corpus*, cuja instrução exige prova pré-constituída.

Ao contrário da constatação do Tribunal *a quo*, o réu possui condenação penal transitada em julgado ao tempo dos fatos, em 20/7/2011, referente aos autos n. 32129/2005, com início de cumprimento em 10/10/2005, nos termos da folha de antecedentes juntada (e-STJ, fl. 114). Percebe-se, contudo, que as instâncias ordinárias indevidamente valoraram a reincidência por ocasião da primeira etapa da dosimetria, quando deveria ter sido considerada como agravante. Por conseguinte, como o *quantum* de aumento na primeira etapa, em relação ao mesmo fato, é menor do que na segunda, de rigor é a manutenção da valoração da condenação transitada em julgado nos antecedentes, porquanto mais benéfico, em respeito à regra do *non*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformatio in pejus.

Por outro lado, mostra-se indevida a aplicação das agravantes, seja a do art. 61, II, "c", seja a do art. 61, II, "e", do Código Penal.

A alteração procedimental decorrente da Lei n. 11.689/2008 expurgou da *cognitio* dos jurados os quesitos relativos às agravantes e às atenuantes, cabendo ao juiz presidente decidi-las por ocasião da fixação da pena, bastando que sejam alegados os fatos ensejadores das agravantes e atenuantes nos debates, salvo quando de forma concomitante configurarem qualificadoras (CP, art. 121, § 2º), hipótese em que deve constar desde o início na imputação e, posteriormente, na pronúncia, para então serem quesitadas.

Em verdade, é vedado ao órgão acusador suscitar na sessão de julgamento agravante correspondente à figura de qualificadora, como se constituísse fato diverso, sob pena de violação ao art. 483, V, e § 3º, II, do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, o mesmo raciocínio, relativo às agravantes similares às qualificadoras de homicídio, aplica-se às circunstâncias judiciais, porquanto haveria verdadeira usurpação da competência funcional do conselho de sentença de decidir acerca das qualificadoras, escamoteadas de agravantes ou circunstâncias judiciais, bem como flagrante violação ao procedimento especial do Tribunal do Júri.

No caso, o fato valorado negativamente pelo juízo singular, na segunda fase da modelo trifásico, consistiu na circunstância do crime, relativa à traição, emboscada e dissimulação. Trata-se, inequivocamente, de circunstância qualificadora do crime de homicídio, nos termos do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, motivo pelo qual se impõe sua presença na pronúncia e nos quesitos a serem votados, sendo inviável a apreciação direta pelo juiz presidente na dosimetria da pena-base.

Outrossim, em recurso exclusivo da defesa, ressalte-se ser plenamente possível que o Tribunal retifique eventuais erros materiais presentes na sentença, desde que não implique prejuízo ao réu. A alteração da agravante do art. 61, II, 'c', do Código Penal, aplicada pelo juízo singular, pela do art. 61, II, 'e', pela segunda instância, implicou prejuízo ao réu, o que é vedado, tendo em vista que houve recurso exclusivo da defesa.

Ainda, a aplicação da agravante do art. 61, II, 'e' pelo Tribunal implicou *bis in idem*, haja vista que o fato de o homicídio ter sido praticado contra o pai havia sido igualmente valorado como circunstância judicial negativa na sentença. Por outro lado, sem recurso do *Parquet*, também seria indevida a valoração dessa circunstância exclusivamente como agravante, expurgando-a da primeira fase da dosimetria, haja vista o evidente prejuízo ao réu, pois seria esse fato valorado como agravante, e não como mera circunstância judicial. Por conseguinte, além da desconsideração da agravante do art. do art. 61, II, 'c', como fez o Tribunal *a quo*, de rigor que a circunstância do acusado ter matado o próprio pai seja valorada apenas na pena-base, para não ver vulnerada a regra do *non reformatio in pejus*.

Nesse passo, passa-se à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, deve ser reconhecida a presença de três circunstâncias judiciais desabonadoras. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), resultaria no acréscimo de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Tendo em vista a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem valoradas na segunda fase da dosimetria, bem como de causa de diminuição, para se chegar à pena definitiva, resta fazer incidir a causa de aumento do art. 121, § 4º, do Código Penal, que implica majoração em 1/3 (um terço), que resultará em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, apenas para reduzir a pena definitiva para 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, mantendo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0048815-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 290.013 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034008020118260052 052110034009 34008020118260052 52110034009

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CRISTINA EMY YOKAICHIYA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PLINIO RODRIGO SOBRAL DE MACEDO

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.