



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.669 - SP (2015/0282314-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANKEN FERRAZ EVANGELISTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, I, III E IV, E ART. 155, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA (ART. 122, § 2º, III, DO CP). INVIABILIDADE. TEMAS NÃO SUSCITADOS/ENFRENTADOS NA ORIGEM. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, *f*, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre temas não enfrentados pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, as questões relativas à incidência da atenuante da confissão espontânea, bem como ao afastamento da qualificadora prevista no art. 122, § 2º III, do Código Penal não foram sequer suscitadas e, portanto, enfrentadas pela instância de origem.
3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Esclareça-se que, havendo três qualificadoras, é possível que duas sejam utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena.
4. Afastar o entendimento adotado pelo Juízo de origem, no tocante à incidência da agravante prevista no art. 61, II, "f" do Código Penal, fatalmente obrigaria o revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.
5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.669 - SP (2015/0282314-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANKEN FERRAZ EVANGELISTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JANKEN FERRAZ EVANGELISTA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0001506-40.2009.8.26.0052).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 21 (vinte e um) anos de reclusão, por infração ao disposto no artigo 121, § 2º, I, III e IV, c/c art. 61, II, "f", do Código Penal; e 1 (um) ano de reclusão, mais dez dias-multa, por infração ao disposto no art. 155, *caput*, do Código Penal; em concurso material, sendo estabelecido o regime inicial fechado para desconto da reprimenda. Eis o teor do édito condenatório, no que interessa (fls. 13/15):

(...)

Em face de tal Deliberação do Conselho de Sentença, passo a fixar as penas.

Como foram reconhecidas três circunstâncias qualificadoras no homicídio, utilizarei uma delas para efetivamente restar qualificado o crime, e as outras duas como circunstância judicial, na primeira fase de fixação da pena.

Atendendo aos critérios norteadores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em dezoito anos de reclusão para o homicídio; e um ano de reclusão e dez dias-multa, com o valor unitário no menor patamar, para o furto.

Fixei a base acima do mínimo legal quanto ao homicídio em razão do retro mencionado, e também pelas consequências extremamente gravosas do crime para a família da vítima, principalmente ao pequeno menino Gabriel, hoje com 4 anos de idade - este com certeza quem irá sofrer as maiores consequências do crime, um ato praticado pelo seu próprio pai, a quem incumbia protegê-lo. Gabriel sofreu o que de pior pode acontecer a uma criança, que é a perda de sua mãe e agora não tem mais a referência materna para toda vida. Essa circunstância é extremamente relevante e deve ser levada em conta na primeira fase de fixação da pena, além da presença das qualificadoras.

Na seqüência, tem incidência a agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea "f", do Código Penal (alegada nos debates pelo Promotor de Justiça), quanto ao crime homicídio, já que este delito foi praticado com violência contra a mulher.

Sendo assim, aumento a pena em um sexto, atingindo vinte e um anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na ausência de outros elementos, torno as sanções definitivas.

O total aplicado, portanto, é de vinte e dois anos de reclusão e dez dias multa, com o valor unitário desta no menor patamar.

Posto isso, condeno o acusado JANKEN FERRAZ EVANGELISTA à pena de vinte e um anos de reclusão, por infração ao disposto no art. 121, par. 2º, inc. I, III e IV, c/c art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal; e um ano de reclusão e dez dias-multa, por infração ao disposto no art. 155, "caput", do Código Penal, ambos delitos em concurso material, sendo o total das penas vinte e dois anos de reclusão e dez dias-multa. Outrossim, absolvo o acusado da prática do crime previsto no art. 249 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Por ser o homicídio praticado pelo réu considerado hediondo, e tendo em vista que a soma das penas ultrapassa o limite de oito anos previsto no art. 33, par. 2º, alínea "a", do Código Penal, fixo o regime fechado para início do cumprimento de toda pena privativa de liberdade.

(...)

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento. Eis a fundamentação adotada (fls. 19/21):

(...)

E, incabível o privilégio, já com relação à reprimenda relativa ao homicídio, verifica-se que a pena-base foi aumentada de metade, sendo estipulada, pois, em dezoito (18) anos de reclusão, isso ante a presença de três qualificadoras (motivo torpe, emprego de meio cruel, além do recurso que dificultou a defesa da vítima), utilizando-se o magistrado de uma delas para efetivamente qualificar o crime, denotando as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis.

(...)

Além disso, ainda para amparar a exasperação imposta na etapa inicial da dosimetria, foram consideradas as consequências extremamente gravosas do crime para a família da vítima, notadamente ao filho dela, à época contando menos de dois anos de idade, de modo a lhe retirar a referência materna, tudo denotando circunstâncias desfavoráveis capazes de ensejar acréscimo até mesmo superior àquele efetivado em primeiro grau.

Pondere-se que, como é óbvio, as circunstâncias judiciais desfavoráveis nada têm que ver com a primariedade, esta dizendo respeito à segunda fase da individualização da pena, porquanto antagônica à reincidência.

Da mesma forma, não prospera o pedido de afastamento da agravante descrita no artigo 61, inciso II, f, do Código Penal.

Aqui, anote-se que, quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito, assentou-se ser a análise da agravante condizente à aplicação da pena, matéria de competência exclusiva do Juiz Presidente do Júri (fls. 1.158/1.164), vedada a submissão da questão ao Conselho de Sentença.

De outra banda, ao contrário do que sustentou a Defesa, a relação entre o réu e a vítima encontrava-se inserida nas hipóteses contempladas pela Lei nº. 11.340/06 (mais precisamente artigo 5º, III), mesmo porque ambos tiveram filho em comum, fruto de relacionamento mantido por tempo considerável, a par de o óbito decorrer de violência doméstica contra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mulher, consoante salientado pela ilustrada Procuradoria Geral de Justiça a fls. 1.970.

Assim, mantido o reconhecimento da circunstância agravante em foco, conseqüência lógica é o acréscimo da reprimenda de um sexto (1/6) na segunda etapa da dosimetria, como feito em primeiro grau, chegando-se ao patamar definitivo de vinte e um (21) anos de reclusão diante do homicídio, sem notícia de outras causas modificadoras.

Por fim, afastado o privilégio, afigura-se incensurável a sanção atinente ao furto (cuja existência decorre de decisão soberana do Conselho de Sentença), na hipótese concretizada no mínimo legal, sendo certo que, em face do concurso material, somam-se as reprimendas, daí o montante de vinte e dois (22) anos de reclusão, mais dez (10) diárias, unidade no piso, como especificado na sentença.

Frise-se que, independentemente da atitude da ofendida, os jurados não reconheceram excesso culposos em legítima defesa, nem mesmo decidiram a respeito de violenta emoção decorrente de injusta provocação da vítima, conforme respostas aos quesitos sob os números "4" e "5" (fis. 1.908/1.912), nada autorizando a redução do "castigo".

Registre-se, ademais, que o reconhecimento das qualificadoras também deixa claro o afastamento da legítima defesa ou de ação decorrente de comportamento da vítima por parte dos jurados, ficando sem sentido a alegação observada a fls. 1.956.

Igualmente, inquestionável a imposição do regime fechado para início de cumprimento da corporal, único adequado diante da hediondez do homicídio, consoante artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90, a par do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal, tendo em vista o total da pena estipulada, solução, aliás, não contestada pela Defesa.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo integralmente a respeitável decisão impugnada.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o *quantum* inaugural deveria ser fixado em 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, o que, em seu ponto de vista, seria suficiente e necessário para atender às finalidades da pena, tendo em vista *"ser o 59 do CP, totalmente favorável ao ora paciente, além de ser primário e de bons antecedentes, e ter confessado o crime - art. 66 - III - D, do CP"*.

Alega que a valoração negativa das circunstâncias judiciais com base na morte de uma jovem não caracterizaria fundamentação idônea, pois seria elemento inerente ao tipo penal.

Pondera que a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, "f", seria imprópria ao caso, tendo em vista que a pronúncia, o libelo, a sentença do júri ou mesmo o acórdão não decreveram a conduta do agente a infringir mencionado dispositivo legal. No mais, aduz que não havia vínculo doméstico entre as partes há quase 6 (seis) meses, eis que a vítima e o agente estavam separados, razão pela qual não seria possível incrementar a sanção sob esse argumento.

Obtempera que, em pese a confissão do paciente, por evidente erro das instâncias de origem, não foi aplicada a atenuante correspondente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contesta a aplicação da qualificadora do inciso III do art. 129, §2º, porquanto o *"laudo de exame necroscópico não traz qualquer informação a respeito da crueldade do meio empregado no cometimento do crime"*. Ademais, para a Defesa, a *"mera reiteração de golpes"* não ensejaria a qualificação do crime.

Ao final, pede: a) a nomeação de Defensor Público para que patrocine sua defesa; b) a redução da pena-base; c) a exclusão da agravante prevista no art. 61, II, "f" do Código Penal, ou, subsidiariamente, a compensação com a atenuante do art. 65, III, "d"; d) o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal; e e) o afastamento da qualificadora prevista no art. 121, §2º, III, ou, entendendo-se tratar de matéria restrita ao plenário do júri, seja o paciente submetido a novo julgamento.

Estes autos foram distribuídos por prevenção da RvCr n.º 2961/SP, ajuizada em favor do ora paciente, a qual foi negado seguimento tendo em vista a inexistência de decisão proferida por esta Corte, em desfavor do requerente, passível de revisão criminal, nos termos do art. 240 do Regimento Interno desta Corte.

As informações foram juntadas às fls. 50-65.

A Defensoria Pública manifestou-se corroborando o pedido do impetrante-paciente.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 68-73, da lavra do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, opinando pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.669 - SP (2015/0282314-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, I, III E IV, E ART. 155, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA (ART. 122, § 2º, III, DO CP). INVIABILIDADE. TEMAS NÃO SUSCITADOS/ENFRENTADOS NA ORIGEM. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, *f*, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre temas não enfrentados pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, as questões relativas à incidência da atenuante da confissão espontânea, bem como ao afastamento da qualificadora prevista no art. 122, § 2º III, do Código Penal não foram sequer suscitadas e, portanto, enfrentadas pela instância de origem.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Esclareça-se que, havendo três qualificadoras, é possível que duas sejam utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena.

4. Afastar o entendimento adotado pelo Juízo de origem, no tocante à incidência da agravante prevista no art. 61, II, "f" do Código Penal, fatalmente obrigaria o revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

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

De pronto, verifica-se que não é possível a esta Corte debruçar-se sobre temas não enfrentados pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, as questões relativas à incidência da atenuante da confissão espontânea, bem como o pleito de afastamento da qualificadora prevista no art. 121, III, do Código Penal não foram sequer suscitados e, portanto, enfrentados pela instância de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

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.

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 veda 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 21/05/2015, DJe 28/05/2015)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. MATÉRIA (NULIDADE DO JÚRI) NÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AFASTAMENTO DE QUALIFICADORAS E REDUÇÃO MAIOR PELA TENTATIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TEMAS DE ÍNDOLE FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. CONFISSÃO NÃO LEVADA EM CONTA PARA A CONDENAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1 - **Se a nulidade do júri não foi suscitada e, por isso mesmo, não decidida no acórdão (apelação) atacado, não merece conhecimento nesta impetração, manejada como sucedâneo recursal inominado, sob pena de supressão de instância.**

2 - Reconhecidas qualificadoras do homicídio e aplicado montante de diminuição na tentativa pelo mínimo, com arrimo nas provas colhidas na instrução e em plenário, não há como elidir as conclusões do julgado combatido sem revolvimento fático, exercício que não se coaduna com o veio restrito e mandamental da via eleita.

3 - Não tendo sido a confissão levada em conta para a condenação, correta é a sua não aplicação como atenuante na dosimetria.

4 - Impetração não conhecida.

(HC 312.282/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Ademais, a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - o que não é a hipótese dos autos.

Pelo exposto, penso não haver constrangimento ilegal, no tocante à primeira fase da dosimetria da pena, eis que foram apontados elementos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido, os quais não são inerentes ao tipo penal.

Impende destacar trecho da sentença condenatória acerca do tema:

Como foram reconhecidas três circunstâncias qualificadoras no homicídio, **utilizarei uma delas para efetivamente restar qualificado o crime, e as outras duas como circunstância judicial, na primeira fase de fixação da pena.**

Atendendo aos critérios norteadores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em dezoito anos de reclusão para o homicídio; e um ano de reclusão e dez dias-multa, com o valor unitário no menor patamar, para o furto.

Fixei a base acima do mínimo legal quanto ao homicídio em razão do retro mencionado, e também pelas consequências extremamente gravosas do crime para a família da vítima, principalmente, ao pequeno menino Gabriel, hoje com 4 anos de idade - este com certeza quem irá sofrer as maiores consequências do crime, um ato praticado pelo seu próprio pai, a quem incumbia protegê-lo. Gabriel sofreu o que de pior pode acontecer a uma criança, que é a perda mais a referência materna para toda vida. Tal circunstância é extremamente relevante e deve ser levada em conta na primeira fase de fixação da pena, além da presença das qualificadoras. (fls. 13-14).

Colhe-se do aresto impugnado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, incabível o privilégio, já com relação à reprimenda relativa ao homicídio, verifica-se que a pena-base foi aumentada de metade, sendo estipulada, pois, em dezoito (18) anos de reclusão, isso ante a presença de três qualificadoras (motivo torpe, emprego de meio cruel, além do recurso que dificultou a defesa da vítima), utilizando-se, o magistrado de uma delas para efetivamente qualificar o crime, denotando as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis.

"Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria da pena" (STJ, HC 173608/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado 04-09-2012).

Também já se consignou que, "havendo duas qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e da outra como circunstância negativa - agravante, quando prevista legalmente, ou como circunstância judicial, residualmente" (STJ, HC 167419/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado 02-08-2012).

Além disso, ainda para amparar a exasperação imposta na etapa inicial da dosimetria, foram consideradas as conseqüências extremamente gravosas do crime para a família da vítima, notadamente ao filho dela, à época contando menos de dois anos de idade, de modo a lhe retirar a referência materna, tudo denotando circunstâncias desfavoráveis capazes de ensejar acréscimo até mesmo superior àquele efetivado em primeiro grau. (fl. 19).

Com efeito, esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, havendo mais de uma qualificadora no crime de homicídio, basta uma para qualificar o crime, devendo as demais serem valoradas como circunstâncias judiciais negativas, na hipótese de previsão legal, nos termos do que restou decidido pelo juízo de origem, ou, de forma residual, como circunstâncias agravantes.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO (DUPLAMENTE) QUALIFICADO PRATICADO CONTRA DUAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA. LEGALIDADE. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

injustiça, situação inócua nos autos.

3. O STJ pacificou o entendimento de que, na hipótese de pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou agravar a pena intermediária na segunda fase do critério trifásico. Precedentes.

4. *In casu*, a dupla tentativa de homicídio foi considerada qualificada porque cometida por motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do Código Penal). As circunstâncias de o delito ter sido perpetrado em concurso de agentes e mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas (art. 121, § 2º, IV, do CP) foram ponderadas negativamente no cálculo da pena-base, que foi, ainda, exacerbada em função das consequências do delito, do qual resultou sequelas físicas nas vítimas. A pena-base de cada delito resultou em 16 anos, não extrapolando o limite do razoável, uma vez que a pena abstratamente cominada varia de 12 a 30 anos de reclusão.

5. A via do *habeas corpus* não permite revolvimento de prova.

Contudo, a jurisprudência do STJ, em caráter excepcional, permite reconhecer a continuidade delitiva, quando, da simples leitura do acórdão impugnado, sem incursão no material probatório, se vislumbrarem os requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos).

6. A dupla tentativa de homicídio qualificado foi praticada em continuidade delitiva (art. 71 do CP). Da leitura da sentença do Tribunal do Júri e do acórdão da Apelação, constata-se que os dois homicídios tentados foram praticados na mesma oportunidade, em um único contexto fático, de forma sequenciada (no dia 8/11/2010, por volta das 00h25, na Rua Guilherme Correa de Mello, Bairro São Carlos, no Município de Monte Carlo/SC), com o mesmo modo de execução (em concurso de agentes, que deferiram vários golpes de facão nas vítimas) e em razão da mesma motivação (para vingar um desentendimento que tiveram com Felipe da Motta Fuccina, sobrinho e neto das vítimas).

7. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reconhecer a continuidade delitiva, devendo as instâncias ordinárias redimensionar a pena aplicada de acordo com os novos parâmetros adotados.

(HC 296.009/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 17/02/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA SOBEJANTE. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA RECIDIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO. OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há falar em ofensa ao sistema trifásico, ante a utilização das qualificadoras sobejantes, que não foram utilizadas para qualificar o delito, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6, requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 197.682/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

Dessarte, notabiliza-se que a fundamentação apresentada pelo magistrado, em especial no que diz respeito a presença de duas qualificadoras sobejantes evidencia um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente.

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

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

(HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie.

(HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

(RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Por fim, afastar o entendimento adotado pelo Juízo de origem, no tocante à incidência da agravante prevista no art. 61, II, "f" do Código Penal, fatalmente obrigaria o revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO SIMPLES. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA DISSIMULAÇÃO (CP, ART. 61, INC. II, "C"). REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. "PERÍODO DEPURADOR". *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. O *habeas corpus* não comporta dilação probatória. Salvo se evidente a "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), não pode ser conhecido se a análise da pretensão formulada - afastamento da agravante da dissimulação (CP, art. 61, inc. II, "c") - depender exclusivamente da reavaliação do conjunto fático-probatório, pois "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP, Rel. Ministra Rosa Weber; HC 221.081/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 14/10/2014; HC 284.904/SP, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014).

03. Esta Corte tem reiteradamente decidido que "o período depurador de cinco anos afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes" (AgRg no AREsp 571.478/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014; AgRg no AREsp 288.127/MG, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP], Quinta Turma, julgado em 06/11/2014).

04. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 309.329/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015)

PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1.º, I, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (3) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODUS OPERANDI. INCREMENTO JUSTIFICADO. PERSONALIDADE. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. VERBETE SUMULAR 444/STJ. EXISTÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (4) AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 62, II, CP. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. A matéria não analisada na origem não pode ser julgada nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, salvo se constatada manifesta ilegalidade na condenação, o que é a hipótese dos autos no tocante a exasperação da pena-base, em especial, quanto à circunstância judicial relativa à personalidade do paciente.

3. A exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça. De rigor, portanto, a exclusão da valoração negativa referente à personalidade do paciente e, por conseguinte, a redução da pena-base, mantendo-se, contudo, o acréscimo relativo ao *modus operandi*.

4. O pedido de afastamento da agravante prevista no art. 62, II, do Código Penal, fatalmente, obrigaria o revolvimento fático-probatório, o que impossibilita sua análise por este Sodalício.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, a ordem, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 310.713/PB, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

Assim, é inviável divisar patente ilegalidade apta a ensejar a extraordinária cognição do *writ*.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0282314-2

HC 340.669 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 015064020098260052 052090015063 15064020098260052 200130000222334
52090015063

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANKEN FERRAZ EVANGELISTA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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