



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 125.506 - SP (2008/0287148-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ALESSANDRO VALÉRIO FOLLADOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAILSON CORNELIO DA SILVA

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL BASEOU-SE EM PROVAS INDICIÁRIAS E NO SILÊNCIO DO ACUSADO PARA MANTER A CONDENAÇÃO. PRIMEIRA TESE QUE NÃO ENCONTRA FUNDAMENTOS NOS AUTOS. SEGUNDA QUE NÃO INFLUI NA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. ADVERTÊNCIA, ENTRETANTO, QUE CABE FAZER, NA HIPÓTESE, QUANTO AO "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS"" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: *ESCOBEDO V. ILLINOIS* (378 U.S. 478, 1964); *MIRANDA V. ARIZONA* (384 U.S. 436, 1966), *DICKERSON V. UNITED STATES* (530 U.S. 428, 2000). CASO *MIRANDA V. ARIZONA*: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. ERRO NA DOSIMETRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Aos processos da competência do Tribunal do Júri não se aplicam a orientação desta Corte no sentido de ser possível, na via do *habeas corpus*, conhecer de matéria não apreciada pelo acórdão proferido em apelação criminal, o que só pode ocorrer nos processos da competência de Juiz singular.

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

3. Ainda que assim não o fosse, quanto à alegação de que a condenação baseou-se apenas em provas indiciárias, observa-se que, na hipótese, os jurados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convenceram-se da tese ventilada pela acusação, que, por sua vez, possuía fundamento nas provas colhidas ao longo de toda instrução criminal. É o que se observa dos depoimentos judiciais de três testemunhas, de forma que, entender pela nulidade da referida decisão plenária, consistiria em inegável afronta à soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri.

4. Desta feita, completamente desinfluyente à controvérsia a tese de que o Tribunal baseou-se no silêncio do Acusado para fundamentar o desprovimento do recurso por ele interposto.

5. Não obstante, cabe reafirmar ser direito do investigado, ou do acusado, de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio do “*Nemo tenetur se detegere*” (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual **ninguém** é obrigado a produzir quaisquer provas contra si.

6. Mais. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”. Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova *etc.*

7. É entendimento pacífico deste Tribunal Superior que, 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, o que não se observa na hipótese.

8. Não é possível considerar o número de qualificadoras como motivação para a majoração da pena-base acima do mínimo legal, nem tampouco considerar a mesma qualificadora que ensejou o tipo qualificado como circunstância apta a majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*.

9. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

10. A majoração da reprimenda em razão dos maus antecedentes encontra-se suficientemente fundamentada, tendo a Magistrada mencionado a existência de uma condenação por roubo circunstanciado, já transitada em julgado.

11. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram entendimento de que a circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais, inclusive os maus antecedentes. Precedentes.

12. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda imposta para 08 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressalvado que o silêncio do réu é garantia constitucional e, portanto, não pode ser fundamento para sua condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 31 de maio de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 125.506 - SP (2008/0287148-0)

IMPETRANTE : ALESSANDRO VALÉRIO FOLLADOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAILSON CORNELIO DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de JAILSON CORNELIO DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou provimento à apelação interposta pelo Paciente.

Consta dos autos que o Paciente foi submetido a julgamento perante a Quarta Vara do Júri da Comarca de São Paulo/SP, e condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2.º, incisos I e IV c.c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, vedado o direito de apelar em liberdade.

Inconformado, interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, em cujas razões requereu o reconhecimento da legítima defesa. A Corte de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso.

Alega o Impetrante, no presente *writ*, em suma, que o Paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal *a quo* manteve a condenação do Paciente, ainda que fundamentada em provas indiciárias e considerando o silêncio como confissão do crime, além de não ter reconhecido erro na dosimetria da pena.

Requer, portanto, seja decretada a nulidade do processo *ab initio* ou, alternativamente, seja anulado o acórdão por ter o Tribunal de origem considerado como prova contra o réu o seu silêncio. Subsidiariamente, requer a correção da dosimetria da pena.

As judiciosas informações foram prestadas pelo Órgão Jurisdicional Impetrado às fls. 62/63 e fl. 182, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 190/198, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, e caso conhecido, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 125.506 - SP (2008/0287148-0)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL BASEOU-SE EM PROVAS INDICIÁRIAS E NO SILÊNCIO DO ACUSADO PARA MANTER A CONDENAÇÃO. PRIMEIRA TESE QUE NÃO ENCONTRA FUNDAMENTOS NOS AUTOS. SEGUNDA QUE NÃO INFLUI NA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. ADVERTÊNCIA, ENTRETANTO, QUE CABE FAZER, NA HIPÓTESE, QUANTO AO "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS"" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: *ESCOBEDO V. ILLINOIS* (378 U.S. 478, 1964); *MIRANDA V. ARIZONA* (384 U.S. 436, 1966), *DICKERSON V. UNITED STATES* (530 U.S. 428, 2000). CASO *MIRANDA V. ARIZONA*: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "*MIRANDA WARNINGS*", "*MIRANDA RULES*" OU "*MIRANDA RIGHTS*". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. ERRO NA DOSIMETRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. Aos processos da competência do Tribunal do Júri não se aplicam a orientação desta Corte no sentido de ser possível, na via do *habeas corpus*, conhecer de matéria não apreciada pelo acórdão proferido em apelação criminal, o que só pode ocorrer nos processos da competência de Juiz singular.

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

3. Ainda que assim não o fosse, quanto à alegação de que a condenação baseou-se apenas em provas indiciárias, observa-se que, na hipótese, os jurados convenceram-se da tese ventilada pela acusação, que, por sua vez, possuía fundamento nas provas colhidas ao longo de toda instrução criminal. É o que se observa dos depoimentos judiciais de três testemunhas, de forma que, entender pela nulidade da referida decisão plenária, consistiria em inegável afronta à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri.

4. Desta feita, completamente desinfluyente à controvérsia a tese de que o Tribunal baseou-se no silêncio do Acusado para fundamentar o desprovimento do recurso por ele interposto.

5. Não obstante, cabe reafirmar ser direito do investigado, ou do acusado, de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio do “*Nemo tenetur se detegere*” (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual **ninguém** é obrigado a produzir quaisquer provas contra si.

6. Mais. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”. Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova *etc.*

7. É entendimento pacífico deste Tribunal Superior que, 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, o que não se observa na hipótese.

8. Não é possível considerar o número de qualificadoras como motivação para a majoração da pena-base acima do mínimo legal, nem tampouco considerar a mesma qualificadora que ensejou o tipo qualificado como circunstância apta a majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*.

9. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

10. A majoração da reprimenda em razão dos maus antecedentes encontra-se suficientemente fundamentada, tendo a Magistrada mencionado a existência de uma condenação por roubo circunstanciado, já transitada em julgado.

11. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram entendimento de que a circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais, inclusive os maus antecedentes. Precedentes.

12. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda imposta para 08 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, ressalvado que o silêncio do réu é garantia constitucional e, portanto, não pode ser fundamento para sua condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Alega o Impetrante que a condenação do Paciente fundamentou-se em provas indiciárias e que o Tribunal de origem considerou o silêncio deste como justificativa para a condenação. Alega, também, erro na dosimetria da pena.

Inicialmente, insta reproduzir, por necessário, o relato do acórdão originário, para que se revelem as balizas da presente controvérsia (fls. 163/165).

*"Da r. sentença que proferiu o IV Tribunal do Júri da Comarca da Capital, condenando-o à pena de 10 anos de reclusão, no regime fechado, por infração do art. 121, § 2, I e IV, conjugado com o art. 14, I, do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado pelo motivo torpe e mediante emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima), interpôs recurso de Apelação para este Egrégio Tribunal, no intuito de reformá-la, **Jailson Cornélio da Silva**.*

Alega, por seu dedicado e competente patrono, que o Conselho de Sentença fizera rosto à prova dos autos.

Pelo que, pleiteia à colenda Câmara tenha a bem absolvê-lo e mandá-lo em paz, já que atuara em situação de legítima defesa (fls. 170/173).

A douta Promotoria de Justiça respondeu ao recurso e imprimiu relevo aos predicados da r. decisão de Primeiro Grau, merecedora, a seu aviso, de subsistir (fls. 175/179).

*A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em sólido e escorreito parecer da **Dra. Lia Maierovitch Pessanha Henriques**, opina pelo improvimento do recurso (fls. 183/185).*

[...] Foi o réu submetido a processo porque, em 12 de fevereiro de 2006, pelas 23h, na Rua Príncipe Igor (Jardim Verônica), nesta Capital, obrando em concurso e unidade de propósitos com outro indivíduo, por motivo torpe, mediante dissimulação, e valendo-se de recurso que lhe dificultou a defesa, efetuou disparos de arma de fogo contra Mário Frota dos Santos, nele produzindo ferimentos que somente lhe não foram a causa da morte, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Instaurada a persecução penal, transcorreu o processo conforme os cânones legais; por fim, submetido a julgamento, o Conselho de Sentença houve-o por culpado (fl. 315) e a r. sentença de fls. 317/318 impôs-lhe a pena de 10 anos de reclusão, no regime fechado, por infração do art. 121, § 2º ns. Ie IV, combinado com o art 14, 11, do Código Penal.

Irresignado com o êxito adverso da lide penal, comparece perante esta augusta Corte de Justiça, levando em vista obter absolvição.

3. A alegação do apelante de que a decisão dos jurados contraviera à prova dos autos não assenta em bons fundamentos: deve receber-se apenas como expressão formal do direito de defesa, que a lei garante a todos, sem exceção.

De feito, leitura de espaço e com tento dos autos induz à persuasão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que o réu concorreu para a tentativa de homicídio perpetrado contra a vítima, nas circunstâncias descritas na denúncia. A materialidade do crime foi comprovada pelo laudo de lesão corporal de fls. 37/38; a autoria, pelo forte acervo probatório, no qual avultam declarações da vítima e testemunha fidedigna.

Em seu interrogatório judicial, é verdade, afadigou-se o réu em negar a imputação (fl. 63); fê-lo debalde, porém: há vozes nos autos que lhe desacreditam os protestos de inocência. Ao depor no inquérito, Odiléia Pereira Muniz, amásia da vítima, esclareceu, com palavras de extraordinário vigor, as circunstâncias do delito. Declarou que presenciara a agressão contra Mário Frota dos Santos e, pois, eslava em condições informar que o autor dos disparos tinha sido o réu Jaílson (fls. 12/13)."

Com efeito, vê-se que a matéria devolvida ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por tratar-se de recurso contra julgamento do Tribunal do Júri, cinge-se à possibilidade do reconhecimento de que o réu agiu em legítima defesa.

Isso porque, nos termos da Súmula n.º 713, do Supremo Tribunal Federal, "[o] efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

Portanto, a despeito da orientação desta Corte no sentido de ser possível, na via do *habeas corpus*, conhecer de matéria não apreciada pelo acórdão proferido em apelação criminal, dado o efeito devolutivo amplo desse recurso, o mesmo entendimento não se aplica à apelação interposta contra decisão proveniente do Tribunal do Júri.

Confira-se, das razões recursais, o seguinte trecho (150):

"Ora Doutos Julgadores, apenas por uma simples, análise dos autos, já se pode presenciar que o Apelante, foi sentenciado exacerbadamente, em face de este ter se defendido sob a égide de extrema violenta emoção [...]"

Repita-se, vê-se que, na apelação, pugnou o recorrente pelo reconhecimento da legítima defesa, tendo sido seu recurso restrito tão-somente a tal fundamento.

Por sua vez, a presente impetração foi fundamentada no pedido de absolvição, por ter-se baseado o Tribunal em provas indiciárias e considerando o silêncio como confissão do crime, além de não ter reconhecido erro na dosimetria da pena, conforme vê-se da inicial de fls. 02/19, o que, em tese, deveriam ensejar o não conhecimento do writ, como por diversas vezes esta Corte já o fez:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, ROUBO CIRCUNSTANCIADO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, ESTUPRO E QUADRILHA ARMADA. CONDENAÇÃO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELO CRIME DE QUADRILHA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Não comporta conhecimento a impetração, na medida em que o Tribunal a quo não se manifestou acerca da matéria suscitada em suas razões. O exame das alegações, nessa oportunidade, configuraria vedada supressão de instância.

2. A despeito da orientação desta Corte no sentido de ser possível, na via do habeas corpus, conhecer de matéria não apreciada pelo acórdão proferido em apelação criminal, dado o efeito devolutivo amplo desse recurso, o mesmo entendimento não se aplica à apelação interposta contra decisão proveniente do Tribunal do Júri, uma vez que, a teor do enunciado n.º 713 da Súmula do Excelso Pretório, "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição." *Precedentes*.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 121.365/RJ, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 17/12/2010.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 121, § 2º, INCISOS I, III E IV E ART. 121, § 2º, INCISOS I, III E IV C/C 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE AFASTADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. ÚNICA CONDUTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. ALEGADA DEFICIÊNCIA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONCURSO DE CRIMES. TESES APRESENTADAS MAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

I - Na espécie, as provas delineadas no v. acórdão atacado sustentam a conclusão alcançada pelos jurados, não se qualificando, portanto, como sendo manifestamente contrária à prova dos autos. Qualquer entendimento diverso exigiria incursão em matéria probatória, medida incompatível com a via eleita.

II - Revela-se inviável, neste momento, o reconhecimento de circunstância atenuante que foi expressamente rechaçada pelo Conselho de Sentença.

III - "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição." (Enunciado n.º 713 da Súmula do Pretório Excelso).

IV - Constatada, em Plenário do Júri, a ocorrência de desígnios autônomos do paciente para obtenção dos resultados alcançados, face sua conduta de atear fogo em ônibus, impedindo a saída de cada passageiro da aludida condução pública através da restrição da liberdade do motorista do coletivo, mister o reconhecimento do concurso formal impróprio.

V - Esta Corte tem entendido, como regra geral, que é possível, em habeas corpus, a sua manifestação acerca de matéria não tratada nas razões da apelação e/ou não enfrentadas pelo v. acórdão que a julgou, em razão da amplitude do efeito devolutivo daquele recurso. Entretanto, em se tratando de apelação interposta contra decisum do Tribunal do Júri, essa análise não é autorizada. Como o efeito devolutivo da apelação, nesses casos, é restrito ao que se alegou na petição de interposição recursal, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defeso ao STJ se manifestar sobre teses não enfrentadas pelo v. acórdão reprochado (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

Habeas Corpus *denegado*." (HC 132.870/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE. QUESTÃO SUPERADA. 2. DECISÃO DO JÚRI. RECURSO DE APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL. VIA APROPRIADA. 4. WRIT EM PARTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. A pretensão de responder ao processo em liberdade encontra-se superada, visto que já analisada em outro mandamus impetrado em favor do mesmo ora paciente.

2. ***Se as questões trazidas à deslinde, referentes ao cerceamento de defesa, parcialidade do Juiz-Presidente do Júri e prejuízo decorrente da demora no julgamento, não foram arguídas perante o Tribunal a quo, não é de ser conhecida a matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, visto que o efeito devolutivo da apelação decorrente da decisão do Júri é adstrito aos fundamentos declinados nas razões. Enunciado sumular n.º 713 do Pretório Excelso.***

3. Os demais argumentos da impetração demandam análise mais acurada da condenação imposta ao paciente pelo Júri e confirmada pelo Tribunal de origem e buscam o acolhimento da tese da absolvição, razão pela qual necessitam de uma análise do conjunto fático-probatório própria da revisão criminal.

4. *Ordem em parte conhecida e, nessa extensão, denegada.*" (HC 93.128/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 15/03/2010; sem grifo no original.)

Portanto, como pertinentemente mencionou o Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República WAGNER NATAL BATISTA, "*não foi devolvida ao TJSP a matéria relativa à suposta ausência de produção de prova testemunhal em plenário, pois não suscitada ofensa a qualquer outra alínea do art. 593 do CPP na apelação, o que impede o conhecimento daquela matéria nessa sede, sob pena de incidir-se em indesejável supressão de instância*" (fl. 196).

Reconheço, entretanto, que, ao afastar a tese de legítima defesa, a Corte a quo analisou matéria referente a provas que embasaram a condenação.

Assim, com o fito de evitar qualquer nulidade, analisarei a tese originária de falta de elementos indiciários para a condenação, ante a factibilidade de poder-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entender que ela está englobada no que foi requerido nas razões da apelação quanto à legítima defesa.

Depreende-se dos autos que a autoria do crime foi imputada ao ora Paciente e a um corréu por meio de depoimentos da própria vítima e de uma testemunha. E, ao contrário do que alega o Impetrante, os depoimentos na fase inquisitorial foram ratificados na fase judicial.

Com efeito, observa-se da sentença de pronúncia, à fl. 119, que foram ouvidas a vítima e três testemunhas que apresentaram versões diferente daquela consignada no interrogatório do réu.

De fato, não ocorre decisão contrária à prova dos autos quando, diante de duas versões que se contrapõem, os jurados optam por uma delas, desde que a tese eleita esteja amparada em provas carreadas nos autos, como nos autos.

No caso em apreço, os jurados convenceram-se da tese ventilada pela acusação, que, por sua vez, possuía fundamento nas provas colhidas ao longo de toda instrução criminal, conforme se observa dos depoimentos de três testemunhas perante o Juízo da Quarta Vara do Júri – Penha de França (Comarca de São Paulo/Capital – fls. 103/110), de forma que, entender pela nulidade da referida decisão plenária, consistiria em inegável afronta à soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO SIMPLES. APELAÇÃO DO MP. PROVA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. TESE DEFENSIVA QUE ENCONTRA CERTO APOIO NOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. 2. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não há que se falar em prova manifestamente contrária à prova dos autos se os jurados, diante de duas teses que sobressaem do conjunto probatório, optam por uma delas, exercitando, assim, a sua soberania, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição da República.

[...]" (HC 62.691/PE, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Dje de 17/08/09)

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PACIENTE CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA PARA A CONDENAÇÃO. ASSERTIVA NÃO COMPROVADA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROVIDÊNCIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. ORDEM DENEGADA.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando, presentes duas versões, os Jurados optaram por uma delas, amparados nos elementos de convicção levados ao seu conhecimento. Precedentes do STJ.

[...]" (HC 89.732/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 6.10.08)

Não verifico, pois, qualquer contrariedade manifesta existente entre a decisão do corpo de jurados e o conjunto probatório contido nos autos, pois como se vê, a condenação não fundamentou-se apenas em provas indiciárias mas, também em outros elementos de prova produzidos ao longo da instrução processual.

A condenação, portanto, é de ser mantida, em razão da presença de elementos suficientes à condenação.

Ainda que desinfluyente à controvérsia, **uma grave advertência**, é de ser feita quanto à alegação do Impetrante de que o Tribunal baseou o desprovinimento da apelação no silêncio do réu.

Lê-se, do acórdão ora impugnado, a seguinte fundamentação (fl. 162):

*"Ainda que direito seu, consagrado pelo texto constitucional (art. 5.º, LXIII), causa perplexidade isto de não querer defender-se o réu como fazem as pessoas inocentes, **segundo lhes ensinou a voz da Natureza, pela palavra e até pela força. Donde o prólóquio "qui tacet, consentire videtur" (quem cala, consente)**"*

Repita-se, ainda que não altere o resultado da controvérsia, tal fundamento não se coaduna com o entendimento que é cabível quanto a tal tocante.

Cumpre reproduzir, quanto ao direito do investigado de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si, trecho de emblemática decisão proferida pelo eminente Ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal:

""Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 –RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria, consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Esse direito, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, p. ex.).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual “Nemo tenetur se detegere”, nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o “Bill of Rights” norte-americano.

Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Direito à Prova no Processo Penal”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), “constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo (...).”

O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em Escobedo v. Illinois (1964) e, de maneira mais incisiva, em Miranda v. Arizona (1966) - insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.

A importância de tal entendimento firmado em Miranda v. Arizona (1966) assumiu tamanha significação na prática das liberdades constitucionais nos Estados Unidos da América, que a Suprema Corte desse país, em julgamento mais recente (2000), voltou a reafirmar essa “landmark decision”, assinalando que as diretrizes nela fixadas (“Miranda warnings”) – dentre as quais se encontra a prévia cientificação de que ninguém é obrigado a confessar ou a responder a qualquer interrogatório – exprimem interpretação do próprio “corpus” constitucional, como advertiu o então “Chief Justice” William H. Rehnquist, autor de tal decisão, proferida, por 07 (sete) votos a 02 (dois), no caso Dickerson v. United States (530 U.S. 428, 2000), daí resultando, como necessária consequência, a intangibilidade desse precedente, insuscetível de ser derogado por legislação meramente ordinária emanada do Congresso americano (“... Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution ...”).

Cumpre rememorar, bem por isso, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.742/DF, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO (DJU de 02/04/93), também reconheceu que o réu não pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer acusado ou indiciado contra a auto-incriminação, sofrer, em função do legítimo exercício desse direito, restrições que afetem o seu “status poenalis”.

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo submetido a procedimentos investigatórios ou a processos judiciais de natureza penal “tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em suma: o direito ao silêncio – e de não produzir provas contra si próprio - constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por qualquer dos Poderes da República." (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008).

É o que também se extrai do seguinte precedente de relatoria do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, do Supremo Tribunal Federal, *ad litteram*:

"Habeas corpus: cabimento: prova ilícita.

1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.

II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais.

2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.

III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais.

3. ***Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não.***

IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores.

5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.

7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha.

V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree).

9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido." (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001).

A propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA COMETIDO POR DIRETOR ADMINISTRATIVO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESPÍRITO SANTO. RECALCITRÂNCIA AO CHAMAMENTO DE AUTORIDADE POLICIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE. INDICIADO ACOBERTADO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Consoante entendimento sufragado na jurisprudência desta Corte Federal Superior, o trancamento da ação penal na via angusta do habeas corpus, medida excepcional que é, somente cabe nas hipóteses em que se demonstrar, na luz da evidência, *primus ictus oculi*, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Para a configuração do delito de desobediência, imprescindível se faz a cumulação de três requisitos, quais sejam, desatendimento de uma ordem, que essa ordem seja legal, e que emane de funcionário público.

3. Em inexistindo recalcitrância do acusado ao cumprimento de ordem legal, não há falar em crime de desobediência.

4. Inerente ao princípio constitucional da ampla defesa está a prerrogativa de o acusado não produzir prova contra si, que compreende, indubitavelmente, o direito de permanecer em silêncio, seja na fase inquisitorial, seja na judicial.

5. Ordem concedida para trancar a ação penal." (HC 17.121/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 566.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui-se que o direito a não se auto-incriminar contém cláusulas que devem ser expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam, o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc.

Foi por tal razão, inclusive, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *MIRANDA V. ARIZONA* (384 U.S. 436), já no ano de 1966, definiu que qualquer suspeito de cometimento de delito deve ser advertido, antes de ser ouvido acerca dos fatos pela autoridade estatal, sobre seu direito de permanecer em silêncio; de que poderá se consultar com advogado e, caso não possa expender de recursos para a contratação, um defensor ser-lhe-á nomeado, sem custos; e que eventual confissão ou fornecimento de outra prova poderá eventualmente ser considerada em juízo contra si.

Repita-se, é **direito de qualquer investigado ou acusado o de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma**, sem que isso nada possa influir em eventual condenação.

Entretanto, rememore-se, por ser o conjunto probatório dos autos, por si só, robusto, é de se manter a condenação do Paciente.

Prossigo. Quanto ao alegado erro na dosimetria da pena, sorte assiste ao Impetrante.

Alega o Impetrante que *"houve a majoração da pena em 4 anos acima o mínimo legal para o tipo consumado de homicídio, sem demonstrar qual o índice aplicado em cada causa de aumento da pena"* (fl. 14). Além disso, o Juízo sentenciante não fez referência sobre qual das duas qualificadoras foi utilizada para qualificar o crime, restando aparente que as duas foram utilizadas para agravar a pena e fixá-la acima do mínimo.

E, ainda, aduz o Impetrante que a menoridade do réu, demonstrada no curso da instrução criminal, não foi considerada no momento da dosimetria. Afirma que *"as duas causas genéricas de aumento de pena devem ser compensadas com a causa preponderante da menoridade"* (fl. 17).

Nesse contexto, o Juízo sentenciante, convalidado pelo Tribunal de origem, fundamentou a exasperação da pena imposta ao Paciente nos seguintes termos:

"[...]"

Levando-se em consideração os elementos previsto no artigo 59 do Código Penal, em especial, por existirem duas qualificadoras; bem como diante dos maus antecedentes do réu, conforme atestam fls. 256/258 e 265, pois foi condenado, com trânsito em julgado, pela prática do crime previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no artigo 157, § 2.º, II. do Código Penal, demonstrando, outrossim, a personalidade distorcida e voltada para a prática criminosa, impossibilitando de continuar no convívio social; fixo a pena-base acima do mínimo legal para o crime previsto no artigo 121, § 2.º, I e IV do mesmo Diploma, qual seja, 16 anos de reclusão.

Diante do reconhecimento da atenuante da menoridade (artigo 65, I do Código Penal), reduzo a pena para 15 anos de reclusão.

Em razão da tentativa (artigo 14 do Código Penal), reduzo a pena em 1/3, totalizando 10 anos de reclusão. A redução se dá no mínimo previsto, por ter o agente praticado todos os atos necessários para a consumação do delito-desferiu disparo de arma de fogo contra o ofendido, atingindo-o e causando-lhe lesões de natureza grave (fls. 125/126).

O réu iniciará o cumprimento da pena no regime fechado, com fundamento no artigo 33, § 2.º, "a" do Código Penal. [...]" (fls. 138/139)

Depreende-se da leitura do trecho acima transcrito que a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi justificada pela existência de duas qualificadoras e nas circunstâncias judiciais, consubstanciadas nos maus antecedentes e na personalidade.

Explicita-se: na hipótese, foram reconhecidas duas qualificadoras, quais sejam, recurso que dificultou a defesa da vítima e motivo torpe, sendo que não restou claro qual delas foi considerada como qualificadora, a fim de estabelecer os novos patamares mínimo e máximo da pena.

Às fls. 138/139 observa-se que a Magistrada considerou, de fato, uma qualificadora para estabelecer os novos patamares mínimo e máximo da pena. Contudo, considerou novamente as duas como circunstâncias judiciais, um dos motivos pelos quais a pena-base foi majorada 04 (quatro) anos acima do mínimo legal.

É entendimento pacífico deste Tribunal Superior que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, uma delas deve ser utilizada para a configuração do tipo qualificado. 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

Na hipótese, entretanto, não é possível considerar o número de qualificadoras como motivação para a majoração da pena-base acima do mínimo legal, tampouco considerar a mesma qualificadora que ensejou o tipo qualificado como circunstância apta a majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*.

Embora tenham sido reconhecidas pelo Conselho de Sentença duas qualificadoras, apenas uma delas poderá ser considerada na dosagem da pena, para não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incorrer em *reformatio in pejus*, visto que a Magistrada, ao dosar a reprimenda, não considerou a qualificadora restante nem como agravante genérica e nem, residualmente, como circunstância judicial.

Quanto às demais circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, cabe à prudência do Julgador fixar o patamar necessário, pautando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isso porque o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

A majoração da reprimenda em razão dos maus antecedentes do ora Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, tendo a Magistrada mencionado a existência de uma condenação por roubo circunstanciado, já transitada em julgado.

Já na segunda fase da dosimetria da pena, foi reconhecida pelo Conselho de sentença a atenuante da menoridade. Contudo, alega o Impetrante que a Magistrada ao dosar a pena não aplicou um percentual de redução proporcional ao aumento efetivado pela presença de circunstância judicial desfavorável.

De fato, em virtude da presença da menoridade as penas devem ser reduzidas. No caso, a redução, pelas duas atenuantes, foi de 01 (um) ano. Não houve fundamentação no que se refere ao quantitativo escolhido; ele somente foi imposto, sem qualquer motivação.

O Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes. Contudo, a doutrina e a jurisprudência dominantes recomendam que o *quantum* tenha valor significativo perante a pena-base fixada.

Dessa forma, a atenuante da menoridade deve preponderar sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência, por sua vez mais gravosa do que os maus antecedentes, sob pena de malferimento ao princípio da individualização da pena.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior, firmaram entendimento de que a circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais, inclusive os maus antecedentes:

"Pena: individualização: valor preponderante da atenuante da menoridade, não considerado no caso: consequências. A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que a atenuante da menoridade prepondera sobre todas as circunstâncias, legais ou judiciais, desfavoráveis ao condenado, incluída a agravante de reincidência (HHCC 66.605 e 70.873):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com mais razão, a menoridade há de prevalecer sobre a chamada "circunstância judicial" dos maus antecedentes: portanto, tendo a sentença exacerbado de seis meses o mínimo da pena base, à conta dos maus antecedentes do paciente, a sua menoridade - indevidamente não considerada -, há de fazer a pena retornar ao mínimo legal, sobre a qual incidem as causas especiais de aumento." (STF, HC n.º 71.323/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/5/1995).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. CONCURSO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE.

I - Na linha de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso, a circunstância atenuante da menoridade deve prevalecer sobre todas as demais circunstâncias, a teor do art. 67 do Código Penal (Precedentes).

II - Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes).

Writ concedido." (HC 56.832/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5.ª Turma, DJ de 30/10/2006)

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXACERBAÇÃO INJUSTIFICADA. NULIDADE. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS, INCLUSIVE, SOBRE OS MAUS ANTECEDENTES.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. A atenuante da menoridade deve preponderar sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência, por sua vez mais gravosa do que os maus antecedentes, sob pena de malferimento ao princípio da individualização da pena.

3. Ordem concedida tão-somente para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto." (HC 33.919/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 07/03/2005)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA LEGAL DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. A circunstância atenuante da menoridade prepondera sobre as demais circunstâncias, legais e judiciais, prevalecendo sobre maus antecedentes. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem concedida." (HC 30.797/SP, 6.ª Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 01/08/2005)

Na hipótese, relembre-se, a Magistrada sentenciante fixou a pena-base em 16 anos, "*por existirem duas qualificadoras, bem como diante dos maus antecedentes do réu*" e a "*personalidade distorcida e voltada para a prática criminosa*" (fl. 133), além de considerar o número de qualificadoras como justificativa a uma maior exasperação.

Assim, afastadas as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis e guardada a proporcionalidade, deve a pena-base do Paciente ser fixada em 14 (quatorze) anos de reclusão (a pena deve ser mantida acima do mínimo legal, no entanto, com majoração de 02 (dois) anos, restando fixada a reprimenda nesta fase em 14 (quatorze) anos de reclusão).

Na segunda fase da dosimetria da pena, ausentes agravantes e presente a atenuante da menoridade, fica a pena provisória fixada em 13 (treze) anos de reclusão.

Ausentes causas de diminuição e aumento de pena, mantém-se a reprimenda em 13 (treze) anos de reclusão.

Mantida a redução de 1/3 pelo reconhecimento da tentativa, resta definitivamente estabelecida a pena em 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Por fim, quanto ao regime prisional, mantém-se o regime fechado para o inicial cumprimento da pena reclusiva, observando-se adequadamente o disposto no artigo 33, § 2º, alínea *a*, do Código Penal.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem para, mantida a condenação reduzir a reprimenda imposta para **08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, ressalvado que o silêncio do réu é garantia constitucional e, portanto, não pode ser fundamento para sua condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0287148-0

HC 125.506 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2352006 6060012469 993080283605

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALESSANDRO VALÉRIO FOLLADOR - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JAILSON CORNELIO DA SILVA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.