



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.341 - ES (2017/0015340-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO : WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : WASHINGTON CARVALHO FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **HOMICÍDIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA**. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO JUSTIFICADO E PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPOSTAS ILEGALIDADES NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - O aumento da pena-base do crime de homicídio está devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - antecedentes (duas condenações anteriores), motivos e consequências do delito, - o que denota maior reprovabilidade da conduta.

IV - De igual modo, a exasperação da pena-base do crime de formação de quadrilha encontra-se fundamentada na presença de circunstância judicial desfavorável - antecedentes (duas condenações anteriores) -, inexistindo flagrante ilegalidade no patamar escolhido, especialmente diante da existência de duas condenações criminais transitadas em julgado, o que autoriza o aumento um pouco maior da pena-base.

V - As supostas ilegalidades apontadas na segunda fase da dosimetria da pena do crime de homicídio - ausência de fundamentação para a incidência da agravante decorrente da autoria intelectual do delito e suposto **bis in idem** pela dupla consideração da agravante da reincidência -, bem como na pena do delito de formação de quadrilha -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento excessivo pela agravante da reincidência - não foram apreciadas pelo eg. Tribunal de origem quando do julgamento da apelação, ficando impedida esta Corte de proceder à análise destas, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

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.

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

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.341 - ES (2017/0015340-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial impetrado em favor de WASHINGTON CARVALHO FILHO contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**, na Apelação Criminal n. 0001792-94.2010.8.08.0048.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 23 (vinte e três) anos de reclusão como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, bem como à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 288 do mesmo diploma penal, fixado o regime inicial fechado, conforme r. sentença proferida em 22/6/2012 (fls. 11-15).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - TRIBUNAL DO JÚRI - PRELIMINAR - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO DO RÉU - REJEIÇÃO - MÉRITO - VEREDICTO CONDENATÓRIO - RECURSO DEFENSIVO - CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS - IMPOSSIBILIDADE - LIVRE PONDERAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA DAS TESES COLOCADAS SOB APRECIACÃO EM JUÍZO - SOBERANIA DA DECISÃO DOS JURADOS - CENÁRIO FÁTICO QUE PERMITE O ACOLHIMENTO DA VERSÃO CONSAGRADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - REDUÇÃO DA REPRIMENDA - DESCABIMENTO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - ELEMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS - PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS - POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL - NÃO OCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

1) Sendo a defesa técnica do réu efetivamente intimada/cientificada para se manifestar na fase do artigo 422 do CPP, com publicação do número da ação penal e o nome do advogado constituído de forma correta, não há que se falar em nulidade do processo por violação ao princípio do contraditório e ampla defesa.

2) Hipótese em que a versão acatada pelo Júri, mesmo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não seja a reconhecida, mormente quando encontra respaldo em elementos de convicção enfeixados nos autos, na fase judicial, não havendo que se falar em manifesta contrariedade à prova produzida, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

3) O controle exercido pelos Tribunais de 2º grau quanto às decisões do júri não é pleno p irrestrito a teor do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea da Constituição Federal. Logo, só aqueles veredictos teratológicos, incoerentes, absolutamente discrepantes do conjunto probatório merecem ser anulados. Não se discute o acerto da decisão dos jurados, mas tão somente a existência de lastro probatório nos autos, relacionado a versão vencedora quando da votação dos quesitos.

4) A versão acolhida pelos jurados, encontra respaldo no cenário fático e nas provas produzidas, levadas ao crivo do contraditório, mormente pela prova oral colhida em juízo, não se configurando o veredicto teratológico.

5) Observando a análise realizada na sentença condenatória, infere-se que o magistrado sentenciante conferiu desvalor a várias circunstâncias judiciais, mediante fundamentação concreta e idônea, baseado em elementos extraídos do cenário fático-probatório contextualizado aos autos, autorizando o afastamento da reprimenda do patamar mínimo legal.

6) A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. No caso, considerando a pena aplicada, nota-se que entre a data do fato e os demais marcos interruptivos/suspensivos, não transcorreu o lapso temporal necessário ao reconhecimento do referido instituto.

7) Recurso desprovido" (fls. 17-18).

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena do paciente.

Sustenta que a pena-base do crime de homicídio seria excessiva, desproporcional e teratológica. Na segunda fase da dosimetria, aduz que *"novamente foi agravada a pena, desta vez com base no art. 61, I, do CP (reincidência), majorando-se a pena para 22 anos de reclusão. Ocorre que a fundamentação utilizada pelo magistrado em relação do inciso I, do art. 61, do CP não guarda compatibilidade alguma com o texto da lei do aludido inciso, posto que diz respeito à reincidência, e não ao autor intelectual do crime, motivo pelo qual não se mostra apropriada referida fundamentação, merecendo assim, ser afastada sua incidência"* (fl. 3). Por fim, aduz que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena foi mais um vez majorada em 1 (um) ano pela agravante da reincidência, configurando **bis in idem**.

No que tange ao crime do art. 288 do Código Penal, também sustenta que a pena-base seria desproporcional e excessiva. Na segunda fase, alega que o aumento da sanção em 1 (um) ano pela reincidência seria excessivo.

Requer, ao final, a concessão da ordem para que as penas impostas aos crimes de homicídio e formação de quadrilha sejam reduzidas.

Pedido liminar **indeferido** às fls. 35-36.

Informações prestadas às fls. 44-72 e 89-97.

O Ministério Público Federal, às fls. 76-86, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.341 - ES (2017/0015340-1)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **HOMICÍDIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA**. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO JUSTIFICADO E PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPOSTAS ILEGALIDADES NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - O aumento da pena-base do crime de homicídio está devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - antecedentes (duas condenações anteriores), motivos e consequências do delito, - o que denota maior reprovabilidade da conduta.

IV - De igual modo, a exasperação da pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime de formação de quadrilha encontra-se fundamentada na presença de circunstância judicial desfavorável - antecedentes (duas condenações anteriores) -, inexistindo flagrante ilegalidade no patamar escolhido, especialmente diante da existência de duas condenações criminais transitadas em julgado, o que autoriza o aumento um pouco maior da pena-base.

V - As supostas ilegalidades apontadas na segunda fase da dosimetria da pena do crime de homicídio - ausência de fundamentação para a incidência da agravante decorrente da autoria intelectual do delito e suposto **bis in idem** pela dupla consideração da agravante da reincidência -, bem como na pena do delito de formação de quadrilha - aumento excessivo pela agravante da reincidência - não foram apreciadas pelo eg. Tribunal de origem quando do julgamento da apelação, ficando impedida esta Corte de proceder à análise destas, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Ressalta-se, por oportuno, que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Para melhor delimitar a **quaestio**, colaciono o que dispôs a r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena do paciente:

"Passo à análise das circunstâncias judiciais, para fins de dosimetria da pena (CP arts. 59 e 68), que será aplicada ao acusado WASHINGTON CARVALHO FILHO, referente ao crime tipificado no artigo 121. § 2º, incisos I e IV do Código Penal:

Da culpabilidade: normal ao tipo penal;

dos antecedentes: o acusado já foi condenado, por sentença condenatória transitado em julgado, por três vezes, conforme os espelhos das guias de execução pesquisadas no Sistema Judicial de Execuções Penais. Logo, diante das três condenações, ficam duas delas ora avaliadas para o fim de declarar que o réu ostenta antecedentes maculados e apenas uma delas será utilizada para a caracterização de eventual reincidência;

dos motivos: desfavoráveis, pois visava a manutenção do tráfico de entorpecentes na região;

consequências do crime: reputo que foram graves, a vítima deixou mulher e filho desamparados. Ademais, consta que ela era trabalhadora, produtiva, além de colaborar com Justiça, logo, havendo enorme perda para a coletividade .

das circunstâncias do crime: normais ao tipo; da conduta social da acusada: não há provas negativas;

da personalidade: diante da inexistência de elementos objetivos e concretos sobre a sua personalidade, não há como varolá-la;

comportamento da vítima: não houve contribuição da vítima para o desfecho dos fatos.

A presença de circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal desfavoráveis ao réu autorizam a imposição da pena-base acima do mínimo legal, considerando que basta a existência de apenas uma circunstância que não seja favorável ao acusado para que a reprimenda penal fique superior ao patamar mínimo. (Ap. Criminal 11070030355, Rel. Dês. Sérgio Bizzotto, Primeira Câmara Criminal, DJ 18.03.2009, p. 51), razão pela qual a pena base deverá se afastar do mínimo legal, portanto, fixo a pena base privativa de liberdade em 20 (vinte) anos de reclusão.

Não militam em favor do acusado atenuantes.

Como se trata de homicídio duplamente qualificado, a qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima (inciso IV, do parágrafo segundo do art. 121 do Código Penal), será aqui utilizada como circunstância agravante de pena, uma vez que possui previsão específica no art. 61, inciso II, alínea "c" do Código Penal.

Assim, agravo a pena do acusado para 21 (vinte e um) anos de reclusão.

Ademais, reconheço a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois na hipótese dos autos a lei penal manda punir com mais rigor o autor intelectual da empreitada criminoso, aquele que dirigiu a atividade dos demais delinquentes (TRF, Ap. 3.841, DJU 26.2.81, p.1261).

Assim, agravo a pena do acusado para 22 (vinte e dois) anos de reclusão.

A vista da Guia de Execução Criminal pesquisada no Sistema Judicial de Execuções penais, reconheço que milita em desfavor do réu a agravante da reincidência, pois o réu praticou novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória anterior, assim, agravo a pena do acusado para 23 (vinte e três) anos de reclusão.

Passo à análise das circunstâncias judiciais, para fins de dosimetria da pena (CP arts. 59 e 68), que será aplicada ao acusado WASHINGTON CARVALHO FILHO, pelo crime tipificado no artigo 288 do Código Penal:

Culpabilidade: normais ao tipo; Circunstâncias: comuns e inerentes ao fato crime; Motivos, consequências: comuns e inerentes ao fato-crime; Antecedentes: o acusado já (foi condenado, por sentença condenatória transitado em julgado, por três vezes, conforme os espelho das guias de execução pesquisadas no Sistema Judicial de Execuções Penais. Logo diante das três condenações, ficam duas delas ora avaliadas para o fim de declarar que o réu ostenta antecedentes maculados e apenas uma delas será utilizada para a caracterização de eventual reincidência; Conduta social: não há elementos nos autos para aferição desta circunstância; Personalidade: não há elementos nos autos para aferição desta circunstância. Contribuição da vítima: a vítima não contribuiu para os fatos.

A presença de circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal desfavoráveis ao réu autorizam a imposição da pena-base acima do mínimo legal, considerando que basta a existência de apenas uma circunstância que não seja favorável ao acusado para que a reprimenda penal fique superior ao patamar mínimo. (Ap. Criminal 11070030355, ReI. Dês. Sérgio Bizzotto, Primeira Câmara Criminal, DJ 18.03.2009, p. 51), razão pela qual a pena base deverá se afastar do mínimo legal, portanto, fixo a pena base privativa de liberdade em UM (01) ANO E SEIS (06) MESES DE RECLUSÃO" (fls. 12-14).

O eg. Tribunal de origem, por sua vez, ao julgar o pedido de redução da pena-base do paciente, manteve os patamares fixados pelo MM. Juízo de primeiro grau com base nos seguintes fundamentos:

"Finalmente, percebe-se que os réus protestam pela redução da reprimenda imposta, sustentando que a sentença proferida fixou a pena de forma excessiva e inadequada, baseada em argumentos vagos, genéricos e abstratos utilizados pelo magistrado de primeiro grau, na primeira fase da aplicação da pena.

Na sentença objurgada, o magistrado consignou o seguinte:

[...]

Pois bem, em se tratando de homicídio qualificado, onde a pena gravita entre 12 (doze) e 30 (trinta) anos de reclusão, não considero desproporcional ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excessiva a pena-base aplicada pelo ilustre julgador aos réus Washington e Wesley.

Como mencionado, observando a análise realizada, infere-se que o magistrado sentenciante agiu acertadamente ao conferir desvalor a várias circunstâncias judiciais, medite fundamentação concreta e idônea, baseado em elementos extraídos do cenário fático-probatório contextualizado aos autos, ensejando grave reprovação.

De igual modo, reputo correta a reprimenda lixada no crime de formação de quadrilha, mormente por ter sido estabelecida no mínimo legal para os réus Wesley e Diego (01 ano de reclusão) e apenas 06(seis) meses acima do mínimo legal para o acusado Washington, o que restou plenamente justificado pelos seus maus antecedentes criminais.

Por tudo isso, concluo que a reprimenda imposta mostra-se justa para reprovação e prevenção do grave crime perpetrado pelos qualificados réus" (fls. 25-28).

No tocante ao aumento da pena base, o Código Penal deixou de prever critérios matemáticos para a fixação da pena-base, cabendo ao Magistrado estabelecê-la, nos termos do art. 59, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, observando sempre a proporcionalidade e a razoabilidade.

No presente caso, o aumento da pena-base do crime de homicídio em 8 (oito) anos de reclusão está devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - antecedentes (duas condenações anteriores), motivos e consequências do delito, - o que denota maior reprovabilidade da conduta, inexistindo flagrante ilegalidade na fundamentação apresentada ou mesmo no **quantum** de exasperação, consideradas as circunstâncias do caso, bem como a pena mínima e máxima cominada ao delito.

De igual modo, a exasperação da pena-base do crime de formação de quadrilha em 6 (seis) meses de reclusão encontra-se fundamentada na presença de circunstância judicial desfavorável - antecedentes (duas condenações anteriores) -, inexistindo flagrante ilegalidade no patamar escolhido, especialmente diante da existência de duas condenações criminais transitadas em julgado, o que autoriza o aumento um pouco maior da pena-base.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO
QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DOS CRIMES, E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA). DOSIMETRIA DA PENA ESCORREITA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O exame das rr. decisões impugnadas evidencia a ausência de violação ao art. 59 do Código Penal, de forma que não há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

IV - A exasperação da pena-base se deu em virtude de circunstâncias que revelam maior reprovabilidade em relação à culpabilidade do réu, às circunstâncias e consequências dos delitos e comportamento da vítima.

V - In casu, consta da r. sentença condenatória que o ora paciente desferiu diversos golpes de martelo na cabeça da vítima, e a jogou em uma cova no próprio quintal, e, embora tenha escutado seus gemidos, continuou no seu desiderato de matá-la. Após ceifar a vida da mãe de seus filhos, telefonou diversas vezes para sua sogra, com o celular da vítima, para que ela pensasse que estava viva. Assim, tais circunstâncias concretas denotam uma crueldade e frieza anormais ao tipo, podendo valorar negativamente a culpabilidade do paciente, as circunstâncias e consequências dos crimes cometidos, além do comportamento da vítima (que em nada teria contribuído para os delitos).

VI - Assim, a condenação imposta ao paciente (pena-base para o homicídio qualificado fixada em 25 anos de reclusão) se revela proporcional e fundamentada, considerando-se que a pena abstratamente prevista para o crime de homicídio qualificado, tipificado no art. 121, § 2º, do Código Penal, é de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, enquanto a do crime de ocultação de cadáver (art. 211 do CP) é de 1 (um) a 3 (três) anos.

Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 267.677/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 5/8/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PECULATO. 2. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. EXASPERAÇÃO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. A pena-base imposta revela-se proporcional e razoável, visto que foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que, à luz do art. 59 do Código Penal, autorizam a sua exasperação, bem assim, não ficou caracterizada a continuidade delitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. As instâncias ordinárias verificaram a não caracterização da continuidade delitiva. A reversão desse entendimento implica no reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com a estreita via do writ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 251.509/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 11/12/2013).

Quanto às supostas ilegalidades apontadas na segunda fase da dosimetria da pena do crime de homicídio - ausência de fundamentação para a incidência da agravante decorrente da autoria intelectual do delito e suposto **bis in idem** pela dupla consideração da agravante da reincidência -, bem como na pena do delito de formação de quadrilha - aumento excessivo pela agravante da reincidência -, verifica-se que referidas matérias não foram apreciadas pelo eg. Tribunal de origem quando do julgamento da apelação, ficando impedida esta Corte de proceder à análise destas, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido os seguintes julgados desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBOS MAJORADOS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "h", DO CP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. CONCURSO FORMAL. CONDUTA QUE ATINGIU TRÊS PATRIMÔNIOS DISTINTOS. INCREMENTO DA PENA EM 1/5. PROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

2. O pleito de afastamento da agravante do art. 61, II, "h", do Código Penal não foi objeto de cognição pela Corte de origem, pois não restou deduzido no bojo do apelo defensivo, o que obsta a apreciação de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade relativa é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

igualmente preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal. Precedentes.

[...]

5. Se as instâncias ordinárias entenderam, com base em elementos dos autos, que a conduta delitiva atingiu três patrimônios distintos, para infirmar tal conclusão seria necessário revolvimento do conjunto fático-comprobatório produzido no curso da persecução penal, o que não se mostra viável em sede de writ.

6. O aumento da pena pelo concurso formal em 1/5 revela-se proporcional, pois a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a fração de incremento está relacionada com o número de delitos praticados.

7. Evidenciada flagrante ilegalidade na segunda fase do critério trifásico, dada a viabilidade da compensação entre a atenuante da menoridade relativa com a agravante do art. 61, II, "h", do Código Penal, deve se procedido ao novo exame da dosimetria.

*8. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena a 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório" (HC n. 384.697/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 27/3/2017).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (5,175kg DE CRACK E 676,4g DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A questão atinente à possibilidade de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância. Precedentes.

[...]

*Habeas corpus não conhecido" (HC n. 348.463/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 28/10/2016).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0015340-1

HC 386.341 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017929420108080048 048100017929 04810017929 17929420108080048 48100017929
4810017929

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: WANDERSON OMAR SIMON
ADVOGADO	: WANDERSON OMAR SIMON - ES018630
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: WASHINGTON CARVALHO FILHO (PRESO)
CORRÉU	: WESLEY PEREIRA GOMES
CORRÉU	: DIEGO DOS SANTOS PEREIRA

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."

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