



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.575 - SP (2011/0024925-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO SILVA BRESSANE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON DE ANDRADE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE DESFAVORÁVEIS. CONDENAÇÕES NÃO DEFINITIVAS. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. AUMENTO INDEVIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO DELITUOSO. MODO DE EXECUÇÃO. MAJORAÇÃO MOTIVADA CONCRETAMENTE.

1. A existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso não servem para a majoração da pena-base, nos termos do enunciado da Súmula 444/STJ.

2. Comprovado que, à época do delito (24-2-2000), o agente não ostentava nenhuma condenação definitiva, configura constrangimento ilegal o julgamento desfavorável de sua personalidade e conduta social na primeira fase da dosimetria.

3. A morte das vítimas é circunstância inerente ao delito previsto no artigo 121 do Código Penal, de modo que o fato de estas serem jovens, por si só, não justifica a valoração negativa das consequências do crime.

4. As circunstâncias do crime, previstas no artigo 59 do CP como baliza para a fixação da pena-base, dizem respeito a elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas que, embora estranhas à configuração típica, mostram-se relevantes para se apurar a reprovabilidade da conduta.

5. *In casu*, considerando que as vítimas foram escolhidas simplesmente por não fornecerem informações a respeito de pessoa a quem o paciente procurava e levadas para serem executadas conjuntamente, mostra-se correta a exasperação da pena inicial.

MOTIVO FÚTIL. UTILIZAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS. POSSIBILIDADE.

1. Presentes duas qualificadoras do delito de homicídio, é admitida a utilização de uma delas na segunda fase da dosimetria da pena como circunstância agravante, desde que haja previsão legal.

2. Na espécie, o Conselho de Sentença reconheceu as qualificadoras do artigo 121, § 2º, II e IV, do CP, de sorte que não há óbice ao aumento da pena em razão do reconhecimento da agravante do motivo fútil.

CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. RECONHECIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 71 DO CP. LIMITE DA PENA. INEXISTÊNCIA.

1. O artigo 71, parágrafo único, do CP, admite o reconhecimento da continuidade delitiva, ainda que se trate de crimes cometidos com violência ou grave ameaça.

2. Na espécie, evidenciado que os delitos cometidos pelo paciente foram derivados de desígnios absolutamente idênticos, motivados pela omissão das vítimas em informar o paradeiro da pessoa procurada pelo agente, e havendo clara vinculação fático-temporal entre os fatos, deve ser reconhecida e aplicada a regra do art. 71, parágrafo único, do CP.

3. Embora o artigo 71, parágrafo único, do CP, faça menção ao limite previsto no artigo 75 do mesmo diploma legal, o reconhecimento da continuidade delitiva na forma específica pode levar a reprimenda para patamar superior a 30 (trinta) anos de reclusão.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena-base e reconhecer a continuidade delitiva, reduzindo-se a reprimenda do paciente para 30 (trinta) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.575 - SP (2011/0024925-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO SILVA BRESSANE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON DE ANDRADE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de WILSON DE ANDRADE SOUZA contra acórdão da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação Criminal n.º 990.10.008892-0, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 46 (quarenta e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos previstos nos arts. 121, § 2º, I e IV (por duas vezes) e 121, § 2º, II e IV, c/c 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto da folha de antecedentes criminais do agente constam duas sentenças de impronúncia e uma de pronúncia, não podendo tais circunstâncias repercutirem de forma negativa na personalidade e conduta social, a justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, pois ausente condenação transitada em julgado em seu desfavor.

Assevera que não teriam sido fundamentados concretamente os motivos pelos quais as consequências do delito seriam desfavoráveis ao apenado, salientando que a idade das vítimas não seria motivo suficiente para, por si só, justificar referida majoração, uma vez que inerente ao próprio tipo penal.

Pondera que o motivo fútil teria qualificado o delito de homicídio, razão pela qual não poderia ser utilizado como circunstância agravante.

Alega que os fatos imputados ao condenado se enquadrariam perfeitamente na figura do crime continuado, previsto no artigo 71 do CP.

Entende que o Tribunal impetrado deixou de aplicar ao paciente o referido instituto com fundamento em elementos de ordem subjetiva, sendo que seria suficiente para o reconhecimento do crime continuado apenas o preenchimento dos requisitos objetivos, quais sejam, pluralidade de crimes da mesma espécie e homogeneidade das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições de tempo, lugar e modo de execução, independentemente da unidade de desígnios.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja a pena-base fixada no mínimo legal e reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos praticados pelo agente.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.575 - SP (2011/0024925-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses incorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame**.

Cumpra observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção sempre estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de **apelação criminal**, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à reprimenda de 46 (quarenta e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto nos arts. 121, § 2º, I e IV (por duas vezes) e 121, § 2º, II e IV, c/c 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque: *"no dia 24 de fevereiro de 2000, por volta das 2h30, na Rua Almirante Nunes, nº 123, Favela do Heliópolis, nesta cidade e comarca da capital, WILSON ANDRADE DE SOUZA, vulgo "Barriga", (...), munido de arma de fogo, agindo com "animus necandi", em concurso com o menor, inimputável à época dos fatos, FRANCENILDO CLEMENTE VELOSO, vulgo "Cenildo" e com outros indivíduos não identificados até o momento, efetuou disparos contra José Valmir de Souza e contra Rodrigo Leão de Albuquerque, causando-lhes a morte (...), e contra Marcos Soares da Silva, provocando-lhe ferimentos."* (e-STJ fl. 15).

Da leitura da sentença condenatória, verifica-se que a pena foi fixada nos seguintes termos:

Atento às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, considero o acusado de péssima conduta e personalidade voltada para a prática de crimes (fls. 906/911). De se levar em conta as circunstâncias do delito, entre as quais sobressalta a grande repercussão social e suas conseqüências, eis que ceifou a vida de vítimas jovens, com vinte e sete e quinze anos de idade (José Valmir e Rodrigo - fls. 109/112), tentando matar ainda a vítima Marcos, de apenas quatorze anos de idade (fls. 669/671). Assim, fixo a pena-base de cada um dos crimes de homicídio qualificado, dois consumados e um tentado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal, em quinze anos de reclusão.

Vale lembrar que qualificadora é a circunstância prevista na parte especial do Código Penal. Na hipótese presente, entendeu o Tribunal Popular que incorreu o réu em duas qualificadoras, as dos incisos II e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal. Desta forma, não há se falar em aplicação das duas causas como qualificadoras, mas sim, o juízo aplicará uma circunstância como agravante.

Dispõe o art. 61, inciso II, letras "a" e "c" do Código Penal que são circunstâncias agravantes ter o agente cometido o delito por motivo fútil e mediante recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. A qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima será usada utilizada para a fixação inicial da pena, sendo que o motivo fútil será utilizado como agravante.

Em razão da existência da agravante do motivo fútil, aumento a pena-base em um sexto, conforme jurisprudência do estado de São Paulo, chegando a dezessete anos e seis meses de reclusão para cada um dos crimes de homicídio, dois consumados e tentado.

Não existem atenuantes a serem consideradas, nem causas de aumento de pena.

Diminuo a pena em um terço no crime de homicídio tentado, tendo em vista que a vítima foi atingida por quatro projéteis de arma de fogo, sofrendo lesões corporais de natureza grave e perigo de vida, conforme demonstra o laudo médico de fls. 669/671, tendo o acusado percorrido todo o iter criminis para a execução do delito, resultando na pena de onze anos e oito meses de reclusão para este crime.

Devido ao concurso material de crimes, as penas deverão ser aplicadas cumulativamente, nos termos do artigo 69 do Código Penal. Somando-se as penas dos homicídios consumados e da tentativa, chega-se ao total de quarenta e seis anos e oito meses de reclusão.

Em consequência do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), deverá o réu cumprir a pena inicialmente em regime fechado, com a progressão prevista no § 2º do mesmo artigo. (e-STJ 19-20).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso defensivo, sob o seguinte fundamento:

As penas foram fixadas acima dos mínimos legais, uma vez que o réu demonstrou possuir personalidade voltada para a vida do crime, ostentando passagens pela prática de crime contra a vida, além do que, dois dos crimes perpetrados no presente feito foram praticados contra vítima menor de 18 anos de idade (fls. 906/911).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reconhecidas a ocorrência de duas qualificadoras (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa das vítimas), de todo acertado o acréscimo da pena em 1/6.

Em razão do caminho do crime percorrido, a diminuição de 1/3 pelo homicídio tentado não merece reparo, uma vez que a vítima foi atingida por quatro disparos de arma de fogo, sofrendo lesões corporais de natureza grave e perigo de vida (fls. 669).

Por outro lado, inaplicável a regra da continuidade delitiva, uma vez que ausente o requisito subjetivo da unidade de desígnios, quando o réu se predispôs a atirar contra as vítimas.

Na verdade, o réu praticou os crimes procurando matar determinada pessoa, ou seja, Gilmar Pereira Lopes. (e-STJ 51-52).

Pela folha de antecedentes juntada às fls. 55-60, constata-se que havia inquéritos policiais e processos em andamento em desfavor do paciente à época do delito, 24-02-2000. No entanto, não consta nenhuma condenação transitada em julgado até a referida data.

Nesse contexto, pode-se dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, uma vez que, quando do exame da dosimetria da pena, considerou-se a péssima conduta do paciente e a personalidade voltada para a prática de crimes com base em inquéritos policiais e ações penais em andamento. Assim, incide, na espécie, a Súmula nº 444 desta Corte Superior.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. APELO PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE SUPERACÃO DO ÓBICE APONTADO E INTERVENÇÃO DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do habeas corpus como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. No caso, a defesa, ao invés de buscar os meios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursais cabíveis, previstos na legislação de regência, para atacar os acórdãos proferidos em sede de apelação e embargos de declaração, preferiu a via do habeas corpus, circunstância esta que impõe o não conhecimento da impetração.

3. Somente é possível a superação do óbice e a intervenção desta Corte quando verificada a existência de flagrante ilegalidade, situação ocorrente na espécie.

4. No caso, observa-se que das oito circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, quatro foram consideradas desfavoráveis - antecedentes, motivos, circunstâncias e consequências do crime -, possuindo motivação idônea apenas as circunstâncias e consequências do delito.

5. De acordo com a Súmula nº 444 desta Corte Superior, inquéritos em andamento e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser utilizados para exasperar a sanção a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, afastadas as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, mantidos, no mais, os acórdãos combatidos.

(HC 234.547/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 26/04/2013 - destacou-se)

Quanto às consequências do crime, também há constrangimento ilegal que merece ser reparado.

Segundo a doutrina, esta circunstância judicial refere-se ao *"mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito."* (NUCCI, Guilherme de Souza. ob. cit. p. 265-266).

No caso dos autos não há qualquer elemento concreto que permita levar à conclusão sobre a gravidade das consequências da ação criminosa. A princípio, os fatos levados em consideração para a exasperação da reprimenda inicial com base na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativação desta circunstância judicial já foram devidamente apreciados pelo legislador ao estabelecer as penas mínimas e máximas abstratas. Desse modo, afasta-se também o aumento com fundamentos na valoração negativa das consequências do delito.

Por outro lado, em relação às circunstâncias do crime, a sentença e o acórdão devem ser mantidos.

Isto porque, como ensina ALBERTO DA SILVA FRANCO, elas dizem respeito a *"elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la. [...] Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso etc."* (SILVA FRANCO, Alberto. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte Geral. v. I, t. I, São Paulo : RT, 1997, p. 900).

Os fatos, tal como narrados na denúncia, demonstram que o paciente assumiu atitude absolutamente inaceitável durante a execução do crime, atuando com absoluta desconsideração a qualquer valor social e moral.

As vítimas foram escolhidas simplesmente por não fornecerem informações a respeito de pessoa a quem o paciente procurava e levadas para serem executadas conjuntamente. Tais fatos podem e devem ser levados em consideração para o aumento da pena-base.

Por essas razões, verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP relativamente aos antecedentes, e personalidade do agente, além das consequências do crime, merecem ser reformados a sentença condenatória e o acórdão objurgado nesse ponto, a fim de reduzir a reprimenda-base do paciente para 13 anos de reclusão para cada um dos atos.

Correto também o reconhecimento da agravante do motivo fútil. É que presentes duas qualificadoras, é admitida a utilização de uma delas na segunda fase da dosimetria da pena, conforme os vários precedentes desta Corte Superior:

RECURSO ESPECIAL - SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO - FURTO SIMPLES - CRIME PRATICADO POR EX-COMPANHEIRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA VÍTIMA - PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA - SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE UMA QUALIFICADORA PARA QUALIFICAR O DELITO E A OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL - FURTO - IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PRECEDENTES DO STF E DO STJ - FURTO PRIVILEGIADO NÃO CONFIGURADO - EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Presentes duas qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e da outra como circunstância negativa, seja como agravante, se prevista legalmente, seja como circunstância judicial desfavorável, residualmente.

2. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que para a configuração do delito de bagatela, devem estar presentes, de forma concomitante, os seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva.

3. Não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente porque o valor subtraído - R\$ 235,00 (duzentos e trinta e cinco reais), além de não configurar um indiferente penal, corresponde a 81% dos rendimentos da vítima, que percebia o salário mensal de R\$ 290,00 (duzentos e noventa reais), à época dos fatos.

4. Não é possível aplicar a causa de diminuição da pena referente ao furto privilegiado, prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, pois é certo que o proveito obtido com a prática do furto causou expressivo prejuízo à vítima e não pode ser considerado de pequeno valor.

(REsp 1357865/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. SEGUNDA QUALIFICADORA ANALISADA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA QUE É PREVISTA COMO AGRAVANTE NOS TERMOS DO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA C DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NO CASO. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

2. A circunstância atenuante da menoridade relativa prevalece sobre as demais, conforme posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça. Há também preponderância da circunstância atenuante da confissão espontânea, por se referir à personalidade do agente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobre a circunstância do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Precedente desta Corte.

3. Ordem concedida para redimensionar a pena do Paciente para 14 (quatorze) anos de reclusão.

(HC 205.677/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013)

Assim, mantem-se a elevação da reprimenda-base em um sexto, na segunda fase da dosimetria, pela agravante do motivo fútil, totalizando a pena provisória em 15 anos e 2 meses de reclusão para cada um dos homicídios.

A seguir, reduz-se a reprimenda em um terço em relação ao delito não consumado, resultando na pena de 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

No que se refere ao pedido de reconhecimento da continuidade delitiva, previsto no art. 71 do Código Penal, verifica-se que o Tribunal *a quo* consignou ausente o requisito subjetivo da unidade de desígnios, ou seja, considerou que os delitos foram cometidos de forma autônoma.

Segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, o crime continuado, previsto no art. 71 do CP, é ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso que, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras, os subsequentes poderão ser considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas (crime continuado homogêneo), ou a mais grave, se diversas (crime continuado heterogêneo), aumentada, em qualquer hipótese, de 1/6 a 2/3 (crime continuado próprio). Se dolosos os delitos e cometidos contra vítimas diferentes, com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, "*poderá o Juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código*" - é a continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do CP.

Na esteira de julgados desta Corte Superior, para a caracterização da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventos; adotou-se a Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva.

Nesse sentido, confira-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONCURSO MATERIAL. SUBSTITUIÇÃO PELA REGRA DO CRIME CONTINUADO. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRIBUNAL DO JÚRI. MAIOR CAUTELA. NOVO JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. PLEITOS PREJUDICADOS. ORDEM DENEGADA.

I. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios).

II. Fator primordial, impeditivo da análise da tese defensiva na via do habeas corpus, está relacionado ao requisito subjetivo da existência de unidade de desígnios entre as condutas, o que, de plano, não se pode confirmar na hipótese dos autos.

III. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram o concurso material e afastaram o crime continuado, ressaltando a diversidade de desígnios, não resta evidenciado constrangimento ilegal.

[...]

VIII. Ordem denegada. (HC n.º 151.012/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010)

E, no caso, vislumbra-se presente o aventado constrangimento ilegal, pois, sem necessidade de incursão nos aspectos probatórios, constata-se que os delitos cometidos pelo paciente foram derivados de desígnios absolutamente idênticos, motivados pela omissão das vítimas em informar o paradeiro da pessoa procurada pelo agente, tudo a demonstrar que os atos criminosos por ele realizados encontram-se entrelaçados, ou seja, tem vinculação fático-temporal, de maneira que, cometidos três delitos da mesma espécie - um deles na forma tentada - em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, deve ser reconhecida e aplicada, na espécie, a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, pois se trata de crimes dolosos, cometidos contra vítimas diferentes, mediante violência à pessoa.

Nesse contexto, evidente o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação da ficção jurídica do crime continuado.

A propósito, deste Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (POR TRÊS VEZES). PACIENTE CONDENADO À PENA DE 54 ANOS DE RECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. PERSONALIDADE HOMICIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS (CRIMES DA MESMA ESPÉCIE, COMETIDOS EM IGUAIS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO) É SUBJETIVO. UNIDADE DE DESÍGNIOS VERIFICADA NO FATO DE A AÇÃO TER SIDO VOLTADA PARA A EXECUÇÃO, NA MESMA EMPREITADA CRIMINOSA, DE TODOS OS HOMENS DA FAMÍLIA, POR VINGANÇA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA DO ART. 71, PARÁG. ÚNICO DO CPB, FIXADA EM DEFINITIVO A PENA EM 45 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO.

1. *Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente.*

2. *Destaca-se, no ponto, a acentuada culpabilidade do paciente, que teria não só premeditado o crime, como, executou as três vítimas na presença de familiares, inclusive crianças.*

3. ***Para a configuração da continuidade delitiva, além do preenchimento, verificado na hipótese, dos requisitos objetivos enunciados pelo art. 71 do CPB - crimes de mesma espécie, cometidos em iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução - há de estar presente um liame subjetivo, uma unidade de desígnios nos delitos perpetrados.***

4. ***In casu, presente extreme de dúvidas os pressupostos objetivos, não há que se falar em autonomia de propósitos e sim em unidade de desígnios quando, nos três homicídios, o intento do agente era executar todos os homens de uma mesma família por vingança, a caracterizar, portanto, o requisito subjetivo para a configuração da continuidade delitiva.***

5. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

6. *Ordem parcialmente concedida para reconhecer a continuidade delitiva, mantida a pena base fixada na sentença (18 anos), aumentada uma vez (36) e mais metade (9), em razão de todas as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao paciente (art. 71, parág. único do CPB), perfazendo, assim, um total de 45 anos de reclusão, em regime inicial fechado.*

(HC 134.075/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 03/11/2009 - destacamos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, de ser aplicada a regra do art. 71, parágrafo único, do CP.

Na espécie, verifica-se que o paciente cometeu três homicídios duplamente qualificados, tendo sido reformadas as decisões impetradas para fixar a sua pena provisória para os crimes consumados em 15 anos e 2 meses de reclusão e em 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão para o tentado.

Tratando-se de continuidade delitiva específica, a escolha da fração de aumento leva em conta não apenas a quantidade de crimes cometidos, mas especialmente as circunstâncias específicas do caso.

Nessa linha, vejam-se os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO . SENTENÇA QUE CONSIDEROU UMA DAS QUALIFICADORAS COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. CRIME CONTINUADO. CRITÉRIOS PARA A EXACERBAÇÃO DA PENA.

(...)

II- Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único, do art. 71, do CP, considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo (Precedentes do STJ).

Ordem denegada." (HC 11.337/MS, Quinta Turma, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 27/03/2000.)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E DA UNIDADE DE DESÍGNIOS. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REGIME INTEGRAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Impõe-se o reconhecimento do crime continuado quando é incontroverso que os crimes foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, bem como evidente a unidade de desígnios. No caso, descabe concluir que o Paciente possuía uma motivação autônoma para cada crime de homicídio tentado que cometeu ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, cometidos com violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.

3. "No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no caput do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime" (HC 69779/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 18/06/2007), e não poderá ultrapassar a margem prevista para o concurso material de crimes.

4. A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07.

5. Habeas corpus concedido para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Ordem concedida de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.

(HC 109.738/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010- grifamos)

Assim, atento a tais balizas, deve-se elevar a reprimenda mais grave - 15 anos e 2 meses de reclusão - pelo dobro, **quantum que se entende suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada**, restando a pena definitivamente fixada em **30 anos e 4 meses de reclusão**.

Importante ressaltar que, embora o artigo 71, parágrafo único, do CP, faça menção ao limite previsto no artigo 75 do mesmo diploma legal, **o reconhecimento da continuidade delitiva na forma específica pode levar a reprimenda para patamar superior a 30 (trinta) anos**. Conforme ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Código Penal Comentado, 13ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 507), sugerir o contrário significaria esvaziar o conteúdo do dispositivo citado, haja vista a evidente necessidade de reprimir mais severamente os crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 38 da Lei 8.038/90 e 34, XVIII, do RISTJ, **nega-se seguimento ao mandamus, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP** para reduzir as penas-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente e reconhecer a continuidade delitiva específica, restando a sua reprimenda definitiva em **30 anos e 4 meses de reclusão**, mantidos os demais termos da sentença e acórdão impugnados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0024925-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 196.575 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 52020013045 990100088920

EM MESA

JULGADO: 21/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO SILVA BRESSANE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON DE ANDRADE SOUZA

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.