



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.601.143 - SP (2016/0135085-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : EDILSON DE MELO SILVA
ADVOGADO : LUÍS CARLOS CLEMENTE E OUTRO(S) - SP057883
EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INTERPRETAÇÃO DADA AOS ARTS. 59, 61, *CAPUT* E II, "a", E 68, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SEGUNDA QUALIFICADORA. AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A figurar ambas as qualificadoras do homicídio (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal) também no rol do art. 61 do Código Penal, a primeira qualificará o tipo e a segunda servirá como agravante genérica, não implicando indevido *bis in idem*. As qualificadoras só devem ser utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual, quando não estão expressamente previstas como agravantes.

2. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a segunda qualificadora do motivo torpe, prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal, como circunstância agravante. Habeas corpus concedido de ofício para reduzir a fração de aumento relativa à agravante genérica de 1/3 para 1/6 e, então, fixar a pena definitiva em 21 anos de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, e conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.601.143 - SP (2016/0135085-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : EDILSON DE MELO SILVA
ADVOGADO : LUÍS CARLOS CLEMENTE E OUTRO(S) - SP057883

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** (Apelação Criminal n. 0003184-48.2013.8.26.0344).

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal (homicídio qualificado por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima). O Juiz sentenciante fixou a reprimenda em 24 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Inconformado com a sentença condenatória, o recorrido interpôs apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, para decotar da condenação a agravante inculpada no art. 61, II, "c", do Código Penal e reduzir a reprimenda para 18 anos de reclusão.

Neste recurso especial, o recorrente aponta dissídio jurisprudencial na interpretação conferida pelas Cortes Superiores aos arts. 59, 61, *caput* e II, "a", e 68, *caput*, todos do Código Penal, porquanto "é assente no Colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, havendo concurso de qualificadoras no crime de homicídio, uma delas deve ser utilizada para a configuração do tipo qualificado, mas a outra ou as outras deverão ser consideradas como circunstâncias agravantes, quando previstas como tal, ou quando isso não for possível, residualmente, como circunstâncias judiciais, tanto em virtude da sistemática do Código Penal quanto em respeito à soberania do Tribunal do Júri" (fl. 460).

Aponta, como acórdão paradigma, o voto proferido pela Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma desta Corte Superior, nos termos assim ementados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. DOSIMETRIA DA PENA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E MOTIVO TORPE. RECONHECIMENTO DE UMA PARA QUALIFICAR O HOMICÍDIO E DA OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. APRECIÇÃO UNIPESSOAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NAO OCORRÊNCIA.

1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

2. A reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade.

3. No mérito, a decisão deve ser mantida intacta, porque proferida em harmonia com a jurisprudência pacífica desta Corte e com a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, reconhecido pelo Júri pluralidade de qualificadoras, no crime de homicídio, uma deverá qualificar o delito e as demais poderão caracterizar circunstância agravante, se for prevista como tal, ou, residualmente, circunstância judicial.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.050.290/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 14/3/2012)

Requer o provimento do recurso, "a fim de reconhecer a incidência da agravante prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal e, em consequência, restabelecer o aumento de um terço levado a efeito, em primeiro grau de jurisdição, na segunda fase do método dosimétrico" (fl. 474).

Contrarrazões à fl. 482.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.601.143 - SP (2016/0135085-4)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INTERPRETAÇÃO DADA AOS ARTS. 59, 61, *CAPUT* E II, "a", E 68, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SEGUNDA QUALIFICADORA. AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A figurar ambas as qualificadoras do homicídio (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal) também no rol do art. 61 do Código Penal, a primeira qualificará o tipo e a segunda servirá como agravante genérica, não implicando indevido *bis in idem*. As qualificadoras só devem ser utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual, quando não estão expressamente previstas como agravantes.

2. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a segunda qualificadora do motivo torpe, prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal, como circunstância agravante. Habeas corpus concedido de ofício para reduzir a fração de aumento relativa à agravante genérica de 1/3 para 1/6 e, então, fixar a pena definitiva em 21 anos de reclusão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Inicialmente, registro que o recurso especial é tempestivo e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria foi devidamente prequestionada na origem, havendo o Tribunal de origem se manifestado sobre os temas de direito objeto deste recurso especial.

Ressalto que o recorrente colacionou aos autos cópia do acórdão em que se fundamenta a divergência (**AgRg no REsp n. 1.050.290/SP**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 14/3/2012), bem como realizou o devido cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a incompatibilidade de entendimentos e a similitude fática entre as demandas, motivo pelo qual há de ser conhecido o recurso.

No mérito, a insurgência merece prosperar.

II. Contextualização

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal (homicídio qualificado por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima). O Juiz sentenciante fixou a reprimenda em 24 anos de prisão, em regime inicial fechado.

Ao fixar a reprimenda, o Magistrado utilizou uma qualificadora – recurso que dificultou a defesa da vítima – para qualificar o delito. Partindo, então, da pena mínima prevista para o tipo qualificado (12 anos), fixou a pena-base em 18 anos de prisão, **a qual foi majorada em 1/3, na segunda-fase, alcançando 24 anos de prisão, em razão da presença da segunda qualificadora – motivo torpe (agravante prevista no art. 61, II, "a", do CP)**, tornando-a definitiva nesse patamar, à míngua de causas de diminuição ou de aumento de pena.

Inconformado com a sentença condenatória, o recorrido interpôs apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, para, mantida a pena-base, decotar da condenação a agravante inculpada no art. 61, II, "c", do Código Penal e reduzir a reprimenda para 18 anos de prisão.

III. Dissídio jurisprudencial

Com efeito, segundo jurisprudência desta Corte Superior, uma vez reconhecida mais de uma qualificadora, uma delas implica o tipo qualificado, enquanto as demais podem ser utilizadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, caso previstas no art. 61 do Código Penal, ou ensejar, de forma residual, a exasperação da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui-se, portanto, que basta "uma para qualificar o crime, devendo as demais serem valoradas como circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstâncias judiciais negativas, não havendo falar em *bis in idem*" (REsp n. 1.470.217/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 10/12/2014).

Confirmam-se outros precedentes deste Superior Tribunal:

[...]

4. Figurando ambas as qualificadoras do homicídio (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal) também no rol do art. 61 do Código Penal, a primeira qualificará o tipo e a segunda servirá como agravante genérica, não implicando indevido *bis in idem*.

5. Recurso especial parcialmente provido, para reconhecer a violação do art. 61, II, "c" do Código Penal e, por conseguinte, restabelecer, na espécie, a incidência dessa agravante. Ordem concedida de ofício, para afastar a análise desfavorável da circunstância judicial relativa à conduta social do recorrido.

(REsp n. 1.395.729/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 25/4/2016)

[...]

1. Figurando ambas as qualificadoras do homicídio (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal) também no rol do art. 61 do Código Penal, a primeira qualificará o tipo e a segunda servirá como agravante genérica, não implicando em indevido *bis in idem*.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 284.342/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJ 11/10/2004)

Assim, considerando que, na hipótese, o recurso que dificultou a defesa da vítima foi empregado para qualificar o delito de homicídio e tendo em vista estar **a qualificadora do motivo torpe** – não usada pelo Tribunal de origem nem sequer para incrementar a pena-base – **prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal como circunstância agravante da pena**, na segunda etapa da dosimetria, **entendo dever a segunda qualificadora (motivo torpe) ser valorada como agravante genérica**.

No entanto, no que se refere ao aumento de 1/3 na segunda-fase, verifico a ocorrência de **ilegalidade manifesta**, passível da concessão de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 648 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal.

IV. habeas corpus de ofício

Cumpre salientar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou de redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o art. 61 limita-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não mencione nenhum valor de aumento. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, o qual estipula as circunstâncias que sempre atenuam a pena, sem, contudo, fazer nenhuma menção ao *quantum* de redução.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento ou de diminuição de pena pela incidência de agravantes e atenuantes, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme em assinalar que, não obstante a legislação não haja estabelecido frações específicas para o aumento ou para a diminuição em decorrência das agravantes e das atenuantes, a **fração de 1/6** mostra-se razoável e proporcional (v. g., **AgRg no REsp n. 1.423.806/SP**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 20/8/2015), de modo que a fração fixada pelo magistrado *a quo* (1/3) se mostra desarrazoada e desproporcional, sendo, portanto, o caso de reduzir a fração de aumento para 1/6.

V. Nova dosimetria

Mantida a pena-base firmada pelas instâncias de origem em 18 anos, acresço 1/6 na segunda fase, em razão da agravante genérica **prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal** (qualificadora do motivo torpe), totalizando a pena 21 anos de reclusão, a qual torno definitiva, à míngua de causas de aumento e de diminuição de pena.

VI. Execução imediata da pena

Por fim, ante o esgotamento das instâncias ordinárias – como no caso – de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **ARE n. 964.246**, **sob a sistemática de repercussão geral**, é **possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

VII. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço do recurso especial e dou-lhe provimento** para reconhecer a segunda qualificadora do motivo torpe, prevista no art. 61, II, "a", do Código Penal, como circunstância agravante.

Concedo, também, nos termos do art. 648 do Código de Processo Penal, habeas corpus de ofício, a fim de reduzir a fração de aumento relativa à agravante genérica de 1/3 para 1/6 e, então, fixar a pena definitiva em 21 anos de reclusão.

Ainda, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta. A determinação deve ser desconsiderada caso o recorrido já cumpra a reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0135085-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.601.143 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031844820138260344 00270000 1338/2013 13382013 1992012 1992013 270000
RI002I7NF0000

PAUTA: 20/04/2017

JULGADO: 20/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : EDILSON DE MELO SILVA
ADVOGADO : LUÍS CARLOS CLEMENTE E OUTRO(S) - SP057883

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, e concedeu ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.