



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.304 - SP (2012/0142900-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : RICARDO FAGUNDES GOUVÊA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAILSON RIBEIRO DOS SANTOS
PACIENTE : PAULO CESAR DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. JÚRI. HOMICÍDIO CONSUMADO E HOMICÍDIOS TENTADOS. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DUAS QUALIFICADORAS, DAS QUAIS UMA FOI UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AUMENTO DA PENA PELO CRIME CONTINUADO, NO DOBRO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS DEVIDAMENTE RESSALTADA NO ACÓRDÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

4. Presentes duas ou mais qualificadoras, não importa em erro a utilização de uma para qualificar o delito e de outra para elevar a pena básica, conforme posicionamento adotado nesta Corte Superior Justiça.

5. Segundo jurisprudência desta Corte Superior, havendo especial gravidade no delito, o fato de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal não serem utilizadas para elevar a pena-base do acusado demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, mas não impede que esses fundamentos sejam utilizados para emprestar maior rigor em outro momento da dosimetria da pena.

6. No caso, o acórdão consignou por diversas vezes a gravidade dos fatos noticiados – réus que se armaram com facas, pedaços de ferro e madeira para atacar um grupo de moradores de rua que estavam alojados debaixo de um viaduto –, reconhecendo, ainda, os maus antecedentes de um dos Pacientes, argumentos que justificam a exasperação da pena no dobro, nos termos do art. 71,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parágrafo único, do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.304 - SP (2012/0142900-1)

IMPETRANTE : RICARDO FAGUNDES GOUVÊA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAILSON RIBEIRO DOS SANTOS
PACIENTE : PAULO CESAR DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JAILSON RIBEIRO DOS SANTOS e PAULO CESAR DA SILVA em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Os Pacientes foram condenados, em primeira instância, como incurso no art. 121, §2.º, incisos I e IV e art. 121, §2.º, incisos I e IV c.c. art. 14, inciso II, por três vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal. JAILSON à pena de 40 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e PAULO à pena de 35 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Isso porque, segundo a denúncia, em 18/04/2007, os Pacientes, em concurso com outros agentes, utilizando barras de ferro, pedaços de madeira e caibros, e motivados por inveja, praticaram, mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, crimes de homicídio consumado com relação a Josué Souza de Jesus e de homicídio tentado contra Henrique Oliveira, Roque Souza Cerqueira Filho, Hermínio Assêncio e Sidnei Ferreira.

Examinando os apelos interpostos pelos réus, a Corte de origem deu-lhes parcial provimento, para o fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de homicídio, diminuindo a reprimenda de JAILSON para 32 anos e 08 meses de reclusão e a de PAULO para 28 anos de reclusão, ambas em regime inicial fechado.

Alega a Defensoria Pública, em suma, que "*o simples fato de ter-se reconhecido duas circunstâncias qualificadoras do delito em desfavor dos pacientes não impunha, por si só, o dimensionamento das penas-base acima do mínimo legal*" (fl. 03). Sustenta, ainda, que a exasperação pela continuidade delitiva ocorreu no máximo previsto em lei, sem no entanto ter sido apontada nenhuma razão para tanto.

Requer, em razão disso, liminarmente e no mérito, seja a pena-base reduzida ao mínimo legal e o aumento pelo concurso de crimes fixado em 1/6.

Liminar indeferida no período de férias forenses pelo Ministro Ari Pargendler (fl. 47).

Informações às fls. 56/102.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 106/107).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 248.304 - SP (2012/0142900-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. JÚRI. HOMICÍDIO CONSUMADO E HOMICÍDIOS TENTADOS. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DUAS QUALIFICADORAS, DAS QUAIS UMA FOI UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AUMENTO DA PENA PELO CRIME CONTINUADO, NO DOBRO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS DEVIDAMENTE RESSALTADA NO ACÓRDÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Excetuosos os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

4. Presentes duas ou mais qualificadoras, não importa em erro a utilização de uma para qualificar o delito e de outra para elevar a pena básica, conforme posicionamento adotado nesta Corte Superior Justiça.

5. Segundo jurisprudência desta Corte Superior, havendo especial gravidade no delito, o fato de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal não serem utilizadas para elevar a pena-base do acusado demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, mas não impede que esses fundamentos sejam utilizados para emprestar maior rigor em outro momento da dosimetria da pena.

6. No caso, o acórdão consignou por diversas vezes a gravidade dos fatos noticiados – réus que se armaram com facas, pedaços de ferro e madeira para atacar um grupo de moradores de rua que estavam alojados debaixo de um viaduto –, reconhecendo, ainda, os maus antecedentes de um dos Pacientes, argumentos que justificam a exasperação da pena no dobro, nos termos do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

“Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS.” (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, 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.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

O Juízo da 1.^a Vara do Tribunal do Júri da Capital/SP aplicou a seguinte dosimetria aos Pacientes:

"[...]

co-réu Jailson Ribeiro dos Santos:

Vítima Josué (fatal):

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos de reclusão em razão das duas qualificadoras. Por esta razão aumentei a pena mínima em 1/6.

Ante seus maus antecedentes devidamente comprovados pelas certidões de feitos criminais com condenações transitadas em julgado, (fls. 377 e 807) aumento-lhe a pena em mais 1/6, resultando em 16 (dezesesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Não há outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas razão pela qual a torno definitiva.

Vítima Roque - Tentado

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 14 (quatorze) anos de reclusão em razão das duas qualificadoras. Por esta razão aumentei a pena mínima em 1/6.

Ante seus maus antecedentes devidamente comprovados pelas certidões de feitos criminais com condenações transitadas em julgado, (fls. 377 e 807) aumento-lhe a pena em mais 1/6, resultando em 16 (dezesesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Em terceira fase, diminuo a pena fixada em 1/3 (um terço) pois o crime foi tentado. Explico: para se aferir a carga redutora a ser aplicada, necessário a avaliação do iter criminis, ou caminho percorrido pelo agente até a consumação do delito. Esse caminho, segundo Prado [PRADO. Curso de Direito Penal brasileiro p. 371.], compreende: cogitação, preparação, execução e consumação.

"[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não houve consumação mas não restam dúvidas a respeito de sua proximidade. A vítima sofreu perigo de vida. Suportou lesão corporal de natureza grave, laudo de fls. 385/386.

Assim, a pena resta definitivamente fixada em 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão que torno definitiva na ausência de outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas.

Vítima Laelson - Tentativa

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 14 (quatorze) anos de reclusão em razão das duas qualificadoras. Por esta razão aumentei a pena mínima em 1/6.

Ante seus maus antecedentes devidamente comprovados pelas certidões de feitos criminais com condenações transitadas em julgado, (fls. 377 e 807) aumento-lhe a pena em mais 1/6, resultando em 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Em seguindo a mesma linha de raciocínio no que toca a diminuição da pena em razão da tentativa quanto ao delito em exame, penso que a carga redutora a ser aplicada é a de 1/2. Com efeito, é preciso ressaltar que o laudo de fls. 512, comprova que a vítima sofreu lesão em sua cabeça - em todo o parietal esquerdo para ser mais específica - causada por agente contundente - uma barra de ferro. Portanto, é evidente que diante da sede das lesões a proximidade da consumação está a exigir a diminuição da pena em sua metade e não de 2/3.

Portanto, definida esta premissa, e na ausência de outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, torno-a definitiva em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Vítima Sidnei - Tentado

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 14 (quatorze) anos de reclusão em razão das duas qualificadoras. Por esta razão aumentei a pena mínima em 1/6.

Ante seus maus antecedentes devidamente comprovados pelas certidões de feitos criminais com condenações transitadas em julgado, (fls. 377 e 807) aumento-lhe a pena em mais 1/6, resultando em 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Em seguindo a mesma linha de raciocínio no que toca a diminuição da pena em razão da tentativa quanto ao delito em exame, penso que a carga redutora a ser aplicada é a de 2/3. Com efeito, é preciso ressaltar que pelo laudo de fls. 310, comprova que a vítima sofreu lesão de natureza leve em região não nobre do corpo. Portanto, é evidente que diante da sede das lesões a distância da consumação está a exigir a diminuição da pena em 2/3 resultando em 5 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão pena que torno definitiva na ausência de outras causas de aumento ou de diminuição a serem reconhecidas.

O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado nos exatos termos do que dispõe o artigo 33, § 2.º, "a" do Código Penal e ainda em razão da natureza dos delitos, todos hediondos.

[...]

co-réu Paulo César da Silva:

Vítima Josué (fatal):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal já que Paulo não ostenta antecedente e nem é reincidente. Contudo, por serem duas qualificadoras aumentei a pena mínima em 1/6 resultando 14 (quatorze) anos de reclusão. Não há outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas razão pela qual a torno definitiva.

Vítima Roque - Tentado

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal já que Paulo não ostenta antecedente e nem é reincidente. Contudo, por serem duas qualificadoras aumentei a pena mínima em 1/6 resultando 14 (quatorze) anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Em terceira fase, diminuo a pena fixada em 1/3 (um terço) pois o crime foi tentado. Explico: para se aferir a carga redutora a ser aplicada, necessário a avaliação do iter criminis, ou caminho percorrido pelo agente até a consumação do delito. Esse caminho, segundo Prado [PRADO. Curso de Direito Penal brasileiro p. 371.], compreende: cogitação, preparação, execução e consumação.

[...]

Não houve consumação mas não restam dúvidas a respeito de sua proximidade. A vítima sofreu perigo de vida. Suportou lesão corporal de natureza grave, laudo de fls. 385/386.

Assim, a pena resta definitivamente fixada em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão que torno definitiva na ausência de outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas.

Vítima Laelson - Tentativa

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal já que Paulo não ostenta antecedente e nem é reincidente. Contudo, por serem duas qualificadoras aumentei a pena mínima em 1/6 resultando 14 (quatorze) anos de reclusão.

Em seguindo a mesma linha de raciocínio no que toca a diminuição da pena em razão da tentativa quanto ao delito em exame, penso que a carga redutora a ser aplicada é a de 1/2. Com efeito, é preciso ressaltar que pelo laudo de fls. 512, comprova que a vítima sofreu lesão em sua cabeça - em todo o parietal esquerdo para ser mais específica - causada por agente contundente - uma barra de ferro. Portanto, é evidente que diante da sede das lesões a proximidade da consumação está a exigir a diminuição da pena em sua metade e não de 2/3.

Portanto, definida esta premissa, e na ausência de outras causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, torno-a definitiva em 07 anos de reclusão.

Vítima Sidnei - Tentado

Nos termos previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal já que Paulo não ostenta antecedente e nem é reincidente. Contudo, por serem duas qualificadoras aumentei a pena mínima em 1/6 resultando 14 (quatorze) anos de reclusão.

Em seguindo a mesma linha de raciocínio no que toca a diminuição da pena em razão da tentativa quanto ao delito em exame, penso que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carga redutora a ser aplicada é a de 2/3. Com efeito, é preciso ressaltar que pelo laudo de fls. 310, comprova que a vítima sofreu lesão de natureza leve em região não nobre do corpo. Portanto, é evidente que diante da sede das lesões a distância da consumação está a exigir a diminuição da pena em 2/3 resultando em 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses.

O regime inicial de cumprimento de pena é o fechado nos exatos termos do que dispõe o artigo 33, § 2.º, "a" do Código Penal e ainda em razão da natureza dos delitos, todos hediondos.

[...]

Diante do exposto, e atenta à decisão exarada pelo Egrégio Conselho de Sentença deste Tribunal do Júri, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação e o faço para:

[...]

3) Condenar o réu Jailson Ribeiro dos Santos nos seguintes termos:

Nos artigos 121, § 2.º, I e IV e artigo 121, § 2.º, I e IV c.c. artigo 14, II por três vezes na forma do artigo 69, todos do Código Penal à pena de 40 (quarenta) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime fechado.

4) Condenar o réu Paulo César da Silva nos seguintes termos:

Nos artigos 121, § 2.º, I e IV e artigo 121, § 2.º, I e IV c.c. artigo 14, II por três vezes na forma do artigo 69, todos do Código Penal à pena de 35 (trinta e cinco) anos de reclusão, regime fechado. " (fls. 17/28.)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo asseverou o seguinte:

"[...].

Os fatos noticiados nestes autos são gravíssimos: na madrugada dos fatos, os apelantes, o co-réu Rogério e outros três comparsas não identificados, armados com facas, pedaços de ferro e madeira, atacaram um grupo de moradores de rua que estavam alojados debaixo de um viaduto, provocando lesões que foram a causa da morte de Josué Pitongueira Souza de Jesus, além de causarem lesões em Laelson Henrique oliveira, Roque Souza Cerqueira Filho e Sidnei Ferreira.

A motivação dos delitos, segundo o constante nos autos, foi a cobiça dos agressores, também moradores de rua, em ocupar o local onde estavam os ofendidos, ponto supostamente mais favorável para recebimento de doações, e ofertas de serviços remunerados.

[...].

A utilização da segunda qualificadora como circunstância judicial desfavorável foi adequada, com correto acréscimo de 1/6 na carcerária dos apelantes.

Num ponto, todavia, os apelos merecem parcial provimento, para reconhecimento do crime continuado.

Segundo entendimento desta Colenda câmara é possível o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes dolosos praticados contra a vida de ofendidos diversos, devendo ser aplicada a regra contida no parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

E, na hipótese, ao reverso do sustentado pela digna Magistrada, não entendo que os apelantes integrem grupo de extermínio voltado para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática de homicídios em série, o que justificaria a aplicação do concurso material.

Assim, a reclusiva do homicídio qualificado consumado fica aumentado do dobro, resultando a pena de Israel em 28 anos de reclusão; Jailson em 32 anos e 8 meses de reclusão; Paulo César em 28 anos de reclusão; e Adilson em 38 anos e 10 dias de reclusão". (fls. 38/40).

Pois bem. Presentes duas ou mais qualificadoras, não importa em erro a utilização de uma para qualificar o delito e de outra para elevar a pena básica, conforme posicionamento adotado nesta Corte Superior Justiça.

Da doutrina, colhe-se a seguinte lição de Guilherme de Souza Nucci:

"[...]

6.2.3.4 Existência de duas ou mais qualificadoras.

Um crime pode conter, na sua descrição típica derivada, mais de uma circunstância qualificadora, dando ensejo ao reconhecimento concomitante, porque compatíveis, de duas ou mais. No caso do homicídio, v.g., pode perfeitamente ocorrer a presença de motivação torpe, associada à execução empreendida à traição e com emprego de fogo. Logo, tem-se uma tripla qualificação. O reconhecimento da primeira qualificadora permite a mudança da faixa de fixação da pena, que salta de 6 a 20 anos para 12 a 30. Não é razoável, após essa procedimento, o desprezo das outras duas relevantes circunstâncias igualmente presentes. A solução, portanto, uma vez que todas são circunstâncias do crime e, nesse caso, previstas em lei, deve levar o magistrado a considerar as duas outras como circunstâncias legais genéricas para o aumento da pena (agravantes). Eventualmente, quando inexistente a circunstância qualificadora no rol das genéricas agravantes do art. 61 (como ocorre com o furto cometido mediante escalada), deve o julgador acrescentá-la como circunstância judicial (art. 59), algo sempre possível, inclusive por serem circunstâncias residuais." (Individualização da Pena, 4.^a edição, 2011, Ed. Revista dos Tribunais, pags. 143/144)

Na hipótese em apreço, o édito condenatório, apesar de sucinto, reportou-se à configuração de qualificadoras do delito de homicídio, fixando, proporcionalmente, a pena-base 02 (dois) anos acima do mínimo legal, em se considerando o cômputo da sanção *in abstracto* do crime (de 12 a 30 anos de reclusão). Não há ilegalidade no ponto que justifique a diminuição da pena.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGADA AUSÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na espécie, verifica-se que o julgador monocrático proferiu decisão sucinta, mas fundamentada ao exasperar a pena-base, valendo-se de elementos idôneos, quais sejam, as circunstâncias do crime e a presença de maus antecedentes, bem como a existência de duas qualificadoras, utilizando uma como circunstância judicial desfavorável e a outra para qualificar o crime, o que está em consonância com a jurisprudência desta Corte (vide HC nº 206.427/SP, Resp nº 831.730/DF e HC nº 70.594/DF).

3. A defesa não trouxe elementos capazes de ilidir a afirmação de existência de condenação anterior, reportada na sentença - a folha de antecedentes e certidões criminais seriam documentos imprescindíveis para tal avaliação -, sendo consabido que, em sede de habeas corpus, faz-se necessária a prova pré-constituída do direito alegado.

4. Tem-se por inviável o reexame, por meio de impetração, dos aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

5. Ordem denegada." (HC 177.386/PE, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 29/06/2012; destaquei)

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DA OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Consoante orientação sedimentada nessa Corte Superior, havendo duas qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e da outra como circunstância negativa - agravante, quando prevista legalmente, ou como circunstância judicial, residualmente.

2. A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

3. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal.

4. Ordem denegada." (HC 167.419/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 15/08/2012; grifei)

Segundo jurisprudência desta Corte Superior, havendo especial gravidade no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, o fato de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal não serem utilizadas para elevar a pena-base do acusado demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, mas não impede que esses fundamentos sejam utilizados para emprestar maior rigor em outro momento da dosimetria da pena.

Confira-se, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES DOS ACUSADOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA N.º 440/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art.

67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

4. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, a evidenciar que a pena-base deixou de ser exasperada tão-somente em razão da benevolência das instâncias ordinárias.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para o fim de, com relação ao Paciente Josilei, compensar a agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda total em 05 anos e 04 meses de reclusão, e 13 dias-multa, mantido, no mais, o acórdão impugnado". (HC 283.287/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o acórdão consignou por diversas vezes a gravidade dos fatos noticiados – réus que se armaram com facas, pedaços de ferro e madeira para atacar um grupo de moradores de rua que estavam alojados debaixo de um viaduto –, reconhecendo, ainda, os maus antecedentes de um dos Pacientes, argumentos que justificam a exasperação da pena no dobro, nos termos do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0142900-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 248.304 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15372007 990090917555

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RICARDO FAGUNDES GOUVÊA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JAILSON RIBEIRO DOS SANTOS
PACIENTE	: PAULO CESAR DA SILVA
CORRÉU	: ROGERIO DE OLIVEIRA DA SILVA
CORRÉU	: ISRAEL IZAIAS PORFIRIO
CORRÉU	: ADILSON RAMOS 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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.