



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000373065

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035378-08.2010.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado IVAN EDSON ALVES, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso defensivo e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial para aumentar a reprimenda para 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALMEIDA SAMPAIO (Presidente sem voto), KENARIK BOUJIKIAN E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 21 de maio de 2018

LUIZ FERNANDO VAGGIONE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 4.331

Apelação nº 0035378-08.2010.8.26.0506

Comarca: Ribeirão Preto

Apelantes/apelados: Ivan Edson Alves e Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelação. Preliminares. Cerceamento de defesa. Exclusão do réu da oitiva das testemunhas. Inteligência do artigo 217 do Código de Processo Penal. Nulidade não caracterizada. Indeferimento de oitiva de testemunha. Desistência de testemunha sem a anuência da Defesa. Prejuízo não comprovado. Nulidade não caracterizada. Indeferimento de juntada de documento. Notícia de jornal que buscava questionar a credibilidade de testemunha. Prova indireta. Incidência do artigo 479 do Código de Processo Penal. Notícia de data anterior ao plenário. Possibilidade de juntada em outras fases do processo. Ausência de comprovação do prejuízo. Nulidade inexistente. Preliminares rejeitadas.

Homicídio duplamente qualificado. Recurso da defesa com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Jurados que optaram pela tese da acusação, reconhecendo o motivo torpe. Reconhecimento do homicídio Privilegiado. Incompatibilidade com a qualificadora do motivo torpe. Impossibilidade. Pena. Réu que disparou nove vezes contra o corpo da vítima. Maior reprovabilidade da conduta. Exasperação. Possibilidade. Aplicação de uma das qualificadoras como circunstância agravante genérica. Possibilidade. Recurso de I.E.A. improvido e recurso ministerial parcialmente provido.

Ao relatório da r. sentença de fls. 785/788, acrescenta-se que Ivan Edson Alves foi condenado ao cumprimento da pena de 13 (treze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, porque incurso no art. 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Inconformados, apelam o acusado e o Ministério Público (fl. 777).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nas razões de apelo (fls. 791/795), o Ministério Público busca a exasperação da pena-base, tendo em vista a maior intensidade do dolo, a personalidade, os antecedentes e as circunstâncias desfavoráveis do crime. Além disso, pleiteia a aplicação do motivo do crime como circunstância agravante.

A defesa (fls. 813/842), por sua vez, busca a nulidade da sentença por cerceamento, caracterizado pela exclusão do réu da oitiva das testemunhas, dispensa de testemunha sem a anuência da Defesa e indeferimento da apresentação aos jurados de reportagem jornalística que não se referia ao fato apurado nos autos. No mérito, sustenta que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos no tocante ao reconhecimento da qualificadora do motivo torpe. Subsidiariamente, busca o reconhecimento da forma privilegiada, com afastamento da qualificadora da emboscada e a concessão de liberdade provisória.

Contra-arrazoados os apelos (fls. 843/854 e 856/869), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo provimento do recurso ministerial (fls. 874/880).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Afasto as preliminares de nulidade arguidas pelo acusado.

Em relação à preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, resultante da não observância do direito de presença do acusado, observo que, embora o réu tenha o direito de participar diretamente da audiência



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de instrução, auxiliando seu defensor na formulação de perguntas às testemunhas e, dessa forma, garantindo a ampla defesa, tal direito não é absoluto.

O direito de presença encontra limites na necessidade de proteção das testemunhas, cuja integridade física e mental é indispensável para a transmissão direta e fidedigna do fato por elas percebido. Dessa forma, o Código de Processo Penal excepciona o direito de presença do acusado no artigo 217, permitindo a sua retirada da sala de audiências nas hipóteses de humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido.

Portanto, como as vítimas manifestaram expressamente o desejo de não deporem na presença do acusado (fl. 777) e seu direito de defesa restou garantido pela presença de seu advogado, que pode confrontá-las sem qualquer limitação, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E FORNECER ARMA DE FOGO PARA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALEGADOS VÍCIOS NO PROCESSO PENAL. PLEITO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PRESENÇA. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte. 3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). 4. "O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos." (RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017). 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 324.103/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017).

Fica igualmente afastada a preliminar de nulidade do processo por indeferimento da oitiva da testemunha Vinicius Furlan da Silva em plenário.

Isso porque, embora a Defesa tenha se manifestado expressamente acerca da desistência do Ministério Público em relação à testemunha arrolada exclusivamente por ele, insistindo em sua oitiva, o indeferimento nessa situação gera apenas nulidade relativa, que depende de prova do prejuízo.

Confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. TESTEMUNHA ARROLADA PELA ACUSAÇÃO. DESISTÊNCIA. PLEITO DEFENSIVO PERSISTINDO NA OITIVA. NÃO INDICAÇÃO DE ENDEREÇO PARA A SUA LOCALIZAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE SUA FEITURA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS DOS AUTOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Não obstante a testemunha ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

arrolada pelo Parquet, diante da homologação da desistência da acusação, motivada pela sua não localização, não é cabível a defesa persistir na oitiva sem declinar o seu atual endereço, não merecendo reproche o indeferimento da produção da prova em juízo. 3. O magistrado prolator da sentença não pautou sua decisão nos elementos exclusivamente colhidos na investigação policial, mas pontuou que esses encontram-se em consonância com outros meios de prova produzidos na instrução criminal. 4. Decerto não ser o magistrado obrigado, se não provocado por fundamentos necessários, a realizar todo e qualquer tipo de prova para a averiguação da autoria delitiva, em especial se os elementos carreados aos autos já se revelam suficientes para a formação de seu convencimento. 5. Ademais, a defesa não logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo apenas suscitado genericamente a necessidade da oitiva em juízo da almejada testemunha. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 165.596/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

No presente caso, observa-se que a testemunha não compareceu em plenário, apesar de devidamente intimada (fl. 702), e a Defesa não trouxe qualquer informação a respeito de sua localização ou do prejuízo advindo da falta de sua oitiva.

Destaca-se, ainda, que a Defesa, quando instada a se manifestar a respeito da não localização dessa testemunha em momento anterior à realização do julgamento em plenário, pois erroneamente considerada como testemunha comum, pleiteou sua substituição pelas testemunhas José Sérgio Ferreira e Milton Fernandes (fls. 692/693), posteriormente excluídas do rol de testemunhas a serem ouvidas em plenário (fl. 771). Circunstância que indica inexistir prejuízo.

Por fim, não há qualquer irregularidade no indeferimento de apresentação de documento em plenário.

Isso porque, ainda que a reportagem jornalística não fizesse referência direta ao fato objeto do processo, ela indiretamente buscava descreditar a testemunha policial, de sorte que se aplica ao caso o prazo de três dias de antecedência à sessão de julgamento para juntada e leitura



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de documentos, nos termos do artigo 479 do Código de Processo Penal.

A referida norma busca evitar a surpresa das partes e violação ao contraditório na sessão de julgamento ao se depararem com uma prova juntada sem a ciência prévia da parte contrária. Observe-se, entretanto, que a reportagem cuja juntada era pretendida pela Defesa é de data bem anterior ao julgamento em plenário, circunstância que evidencia a inexistência de prejuízo quanto ao indeferimento, pois o documento poderia ter sido juntado anteriormente.

Propositalmente ou não, a apresentação da reportagem aos julgadores leigos poderia levá-los — sem a oportuna e eficiente contraposição da parte acusadora — a erro, equívoco, na avaliação da prova existente no processo. O artigo 479 do Código de Processo Penal impede que a parte adversária seja tomada de surpresa.

Dessa forma, ausente irregularidade ou sequer prejuízo à Defesa com o indeferimento da juntada de notícia jornalística, fica afastada a preliminar arguida.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Inicialmente consigno que a Defesa apelou com fundamento no fato de que a decisão dos jurados é “manifestamente contrária à prova dos autos”, nos exatos termos do artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Dessa forma, a análise do apelo se restringe à alínea apontada na interposição.

Nesse sentido é o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, disposto na Súmula nº 713 — *“O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No entanto, a contrariedade da decisão com a prova dos autos não ocorreu, principalmente em relação ao reconhecimento do motivo torpe, objeto do recurso defensivo.

Os jurados, no desempenho da soberania que lhes é garantida pela Constituição Federal, adotaram conclusão plausível e respaldada em elementos de prova constantes dos autos. Acolheram, assim, a versão exposta pela acusação.

Patente que a decisão contrária à prova dos autos, a permitir novo julgamento, ocorre apenas e tão somente quando totalmente dissociada do conjunto probatório. É necessário que a conclusão do julgado questionado não encontre respaldo em nenhum elemento de convicção colhido durante a persecução penal.

Senão vejamos os ensinamentos dos doutos Renato Brasileiro de Lima e Guilherme de Souza Nucci:

“Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: para que seja cabível apelação com base nessa alínea “d”, de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juizes togados a respeito da matéria”(Lima, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1697).

“Em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (NUCCI, Guilherme de Souza, Tribunal do Júri, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 484/485).

E, na hipótese, a decisão do Tribunal do Júri foi proferida em consonância com o conjunto probatório.

Interrogado nas fases de sumário da culpa e de plenário (mídia de fl. 802), o acusado admitiu a prática do crime. Relatou que suspeitava que sua esposa, a testemunha Keila, o teria traído com o ofendido. Por esse motivo, pressionou sua esposa e ela confessou o adultério. Tentou atrair o ofendido para uma casa que estava sendo construída por ele, passando-se por sua esposa, corretora do imóvel, porém não obteve sucesso com esse plano. Posteriormente, sua esposa contou que o traiu com o ofendido Adilson e pretendia terminar o relacionamento para ficar com ele, bem como que levaria os filhos do casal. Após essa conversa, foi ao local de trabalho da vítima, abordou-a no estacionamento, retirou a arma de fogo do bagageiro de sua motocicleta e efetuou os disparos fatais.

Essa versão foi confirmada pela testemunha Keila Cristina Pereira Alves em plenário (mídia de fl. 802).

Dessa forma, restou indicado que o réu agiu com motivo torpe, representado pela vingança, ciúmes e premeditação do crime. Não se desconhece que o legislador adotou a técnica da interpretação analógica ao tratar das qualificadoras do homicídio. Tal circunstância, todavia, não implica em interpretação restritiva do dispositivo, limitando o reconhecimento da torpeza apenas em situações nas quais o motivo tenha cunho econômico, como a paga e promessa de recompensa. Pelo contrário, há que se aplicar no caso concreto a interpretação extensiva, reconhecendo-se o motivo torpe como razão vil, ignóbil ou repugnante, tal

como aquelas previamente elencadas no artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. MOTIVO TORPE. NÃO-CONFIGURAÇÃO. A AUSÊNCIA DE MOTIVO OU SUA INJUSTIÇA, POR SI SÓS, NÃO QUALIFICAM O DELITO. (...). III - A qualificadora do motivo torpe para restar configurada, até pela própria redação do Código Penal, deve assemelhar-se ao crime de homicídio cometido "mediante paga ou promessa de recompensa", porquanto tem-se aí típica hipótese de interpretação analógica. Isso significa que o "outro motivo torpe" a que faz alusão a lei no final do dispositivo deve ter intensidade equiparada às hipóteses constantes no tipo. (...). (HC 77.309/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008).

RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. O artigo 121, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal, após citar fórmulas casuísticas tais como o homicídio mediante paga ou promessa de pagamento, exige, alternativamente, para que incida, por meio de fórmula genérica, que o agente se impulsione à prática delitiva por "outro motivo torpe", reclamando, assim, motivação tão vil, ignóbil e abjeta quanto aquelas retratadas nas hipóteses previamente determinadas. Trata-se, como se vê, de hipótese de interpretação analógica ou intra legem. (REsp 233797/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19/12/2002).

Dessa forma, tendo os jurados entendido que a conduta do apelante deu-se por vingança — conforme demonstra a resposta afirmativa ao sexto quesito (fl. 781)¹ — e que esta razão integra o conceito de motivo torpe, agiram dentro dos limites de sua função. Confira-se:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E AMEAÇA. MOTIVO TORPE. CIÚMES. EXCLUSÃO QUALIFICADORA. PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, as qualificadoras, no crime de homicídio, só devem ser afastadas se notoriamente destituídas de amparo nos autos. 2. Ausente qualquer fundamentação idônea para o afastamento da qualificadora e

¹ "O réu Ivan Edson Alves agiu impelido por motivo torpe, consistente em matar a vítima por vingança, em razão de ciúmes?"

havendo pertinência entre ela e as provas dos autos, cabe ao conselho de sentença decidir se o crime foi motivado por ciúmes e se, no caso concreto, esse sentimento constitui o motivo torpe que qualifica o crime de homicídio. 3. Ordem não conhecida. (HC 255.974/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

Optou o Conselho de Sentença por escolher a versão do ocorrido que lhe pareceu a mais verossímil, decisão soberana, que não merece ser questionada.

Patente, pois, que não tendo o decreto condenatório se mostrado absolutamente conflitante e incompatível com a prova produzida nos autos, impossível se falar em novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ademais, observo ser incompatível o reconhecimento do homicídio privilegiado com a qualificadora do motivo torpe, tendo em vista ambas possuírem a natureza subjetiva.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

(...) as privilegiadoras são incompatíveis com as qualificadoras subjetivas. Essas privilegiadoras não podem concorrer com as qualificadoras subjetivas por absoluta incompatibilidade da intersubjetividade motivadora, proveniente do choque de motivos nobres, relevantes, moral e socialmente, que caracterizam aquelas (privilegiadoras), com a imoralidade ou anti-socialidade (futilidade ou torpeza) da motivação que, invariavelmente, caracterizam estas (qualificadoras). (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 54).

Dessa forma, mantida a condenação do acusado, passo à análise da pena.

Na primeira fase da dosimetria, observo que a qualificadora da emboscada foi utilizada para qualificar o delito, enquanto a qualificadora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do motivo torpe foi empregada para exasperar a pena em 1/8.

O Ministério Público, em seu apelo, questiona a aplicação da qualificadora como circunstância desfavorável, quando deveria ter sido considerada na segunda fase, na qualidade de circunstância agravante, bem como busca a exasperação da pena-base por outros fundamentos relacionados às circunstâncias e consequências do delito.

Ressalte-se, que, de fato, a conduta do acusado demonstrou maior culpabilidade, pois, após surpreender a vítima, atirou nove vezes contra seu corpo, inclusive quando já estava caída ao solo, conforme relatado pela testemunha Fernando Ormenezzi, em plenário (mídia de fl. 802).

Outro ponto que merece destaque são as consequências do crime, ignoradas na r. sentença, observo que o ofendido possuía filho criança (10 anos de idade), que foi privado do crescimento ao lado do pai, circunstância que deve ser considerada na fixação da pena-base.

Dessa forma, analisando as circunstâncias acima, a pena-base fica exasperada de 1/4, fração suficiente para reprovação da conduta do acusado, resultando em 15 anos de reclusão.

Por outro lado, não há como utilizar a personalidade do acusado como circunstância judicial desfavorável, isso porque inexistem nos autos elementos que permitam valorar negativamente esta circunstância judicial. Conquanto tenha agido de forma extremamente violenta, tal fato já foi valorado quando da análise de sua culpabilidade, de modo que sua utilização para inferir sua personalidade implicaria *bis in idem*.

Igualmente não podem ser considerados fatos criminosos posteriores àquele apurado no presente feito como fundamento para



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

exasperar a pena, seja como antecedentes, personalidade ou conduta social.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO POSTERIOR. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDIMENSIONAMENTO. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODOFECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade é que se admite às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 3. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente. Necessidade de readequação da pena-base. Precedentes. 4. Fixada a pena em 6 anos e 5 meses de reclusão e verificada a reincidência do paciente, o regime inicial fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, ficando a reprimenda final em 6 anos e 5 meses de reclusão mais pagamento de 641 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (HC 418.601/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017).

Na segunda etapa, conforme pleiteado pelo Ministério Público, aplica-se a qualificadora do motivo torpe como circunstância agravante genérica, que será compensada com a circunstância atenuante da confissão espontânea.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELA SURPRESA. UTILIZAÇÃO DA QUALIFICADORA SOBEJANTE COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. PLEITO DE DECOTE DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. A decisão ora agravada não destoa da jurisprudência desta Corte, pacificada no sentido de que, havendo pluralidade de qualificadoras, é possível a sobejante caracterizar circunstância agravante, se expressamente prevista em lei, ou circunstância judicial. 2. Em relação ao pleito de decote do motivo torpe, tal como já asseverado na decisão agravada, a manutenção das qualificadoras, pelas instâncias locais, decorreu de fartas provas testemunhais e de circunstâncias trazidas aos autos, sendo que, para decidir em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça teria, necessariamente, de rever todo o acervo fático-probatório, o que é, terminantemente, vedado pelo óbice absoluto da Súmula n. 7/STJ. 3. Assim, as decisões agravadas devem ser mantidas intactas pelos seus próprios termos. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1666810/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 24/11/2017)

Ausentes circunstâncias modificadoras na terceira fase a sanção total e final resta estabelecida em 15 (quinze) anos de reclusão.

A quantidade de pena imposta impõe a fixação do regime inicial fechado, conforme o disposto no artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso defensivo e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial para aumentar a reprimenda para 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mantendo-se íntegra a r. sentença.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Relator