

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 487.677 - RJ (2018/0347778-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL ALVES DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/17) com pedido liminar impetrado em benefício de GABRIEL ALVES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 0496490-31.2011.8.19.0001 - fls. 75/139).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou o ora paciente, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2.º, inciso IV, e 121, § 2.º, inciso IV, c.c. o 14, inciso II, ambos do Código Penal, na forma continuada, à pena de **18 anos e 9 meses de reclusão** (fls. 55/59).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte de origem, que a ela **deu parcial provimento**, a fim de redimensionar a pena do ora paciente ao patamar de **16 anos e 8 meses de reclusão**. Transcreve-se, a seguir, a ementa do julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. CONDENAÇÃO PLENÁRIA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DO OFENDIDO) CONSUMADO E TENTADO, EM CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. APELO QUE PERSEGUE A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO, AO ARGUMENTO DE SER O VEREDITO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS, BEM COMO A REFORMA DA DOSIMETRIA, COM O AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SOPESADAS OU A REDUÇÃO DO RECRUDESCIMENTO OPERADO, O AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELA TENTATIVA E O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 71,

Superior Tribunal de Justiça

PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. MÉRITO QUE SE RESOLVE PARCIALMENTE EM FAVOR DA DEFESA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A SUPTAR A DELIBERAÇÃO PLENÁRIA, A QUAL, AO LARGO DE QUALQUER TECNISMO LEGAL, HÁ DE PREVALECER, PORQUE POPULARMENTE SOBERANA. ATIVIDADE REVISIONAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE SE REVELA RESTRITA, EM REVERÊNCIA AO ART. 5.º, XXXVIII, DA LEX LEGUM. FIRME JURISPRUDÊNCIA DO STJ ENFATIZANDO QUE, 'NÃO CABE AOS TRIBUNAIS ANALISAR SE OS JURADOS DECIDIRAM BEM OU MAL', POIS 'AO ÓRGÃO RECURSAL SE PERMITE APENAS A REALIZAÇÃO DE UM JUÍZO DE CONSTATAÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A DECISÃO TOMADA PELOS JURADOS INTEGRANTES DO CONSELHO DE SENTENÇA, SOMENTE SE ADMITINDO A CASSAÇÃO DO VEREDICTO CASO ESTE SEJA FLAGRANTEMENTE DESPROVIDO DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE PROVA CAPAZES DE SUSTENTÁ-LO, EM OUTRAS PALAVRAS, SIGNIFICA DIZER QUE, 'SÓ SE LICENCIA A CASSAÇÃO DO VEREDICTO POPULAR POR MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS QUANDO A DECISÃO É ABSURDA, ESCANDALOSA, ARBITRÁRIA E TOTALMENTE DIVORCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO'. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA À ESPÉCIE EM ANÁLISE. VERSÃO ACUSATÓRIA, RESSONANTE NOS ELEMENTOS PRODUZIDOS, DANDO CONTA DE QUE O APELANTE, EM COMUNHÃO DE AÇÕES E UNIDADE DE DESÍGNIOS COM O CORRÉU ANRIQUE (PROCESSO JÁ JULGADO Nº 0037678-27.2012.8.1.9.0001), TENTARAM MATAR A VÍTIMA PIERRE, NO DIA 13.04.06, POR MEIO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DESTA, UMA VEZ QUE O RÉU GABRIEL A IMOBILIZOU PARA QUE O CORRÉU ANRIQUE EFETUASSE DISPAROS DE ARMA DE FOGO, TENDO O OFENDIDO SIDO ATINGIDO POR DOIS PAFS, CONFORME AECD E BAM. NA SEQUÊNCIA, EM 14.04.06 (DIA SEGUINTE), CEIFARAM A VIDA DA VÍTIMA ALLAN, TAMBÉM MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DESTA, ANTE A SUPERIORIDADE NUMÉRICA E DE FORÇA, CONSIDERANDO QUE O APELANTE E O CORRÉU ANRIQUE EFETUARAM DIVERSOS DISPAROS PELAS COSTAS DO OFENDIDO, NO MOMENTO EM QUE ESTE SE RETIRAVA DO LOCAL PARA FALAR COM SUA MÃE QUE LHE CHAMAVA NO MOMENTO DOS FATOS. QUALIFICADORA QUE SE ENCONTRA POSITIVADA, NOS TERMOS DA DENÚNCIA. HIPÓTESE QUE, POR IGUAL, AUTORIZA A INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE

DELITIVA, POSITIVADA A UNIDADE DE DESÍGNIOS ENTRE GABRIEL E ANRIQUE PARA O COMETIMENTO DESSES DOIS CRIMES, EM CURTO ESPAÇO DE TEMPO ENTRE UMA AÇÃO E OUTRA (EM DIAS SEGUIDOS), EM CIRCUNSTÂNCIAS SIMILARES, TUDO A EVIDENCIAR O NECESSÁRIO 'LIAME VOLITIVO ENTRE OS DELITOS, A DEMONSTRAR QUE OS ATOS CRIMINOSOS SE APRESENTAM ENTRELACADOS, QUE A CONDUTA POSTERIOR CONSTITUI UM DESDOBRAMENTO DA ANTERIOR' (STJ). CONTINUIDADE DELITIVA NA MODALIDADE ESPECÍFICA QUE SE RECONHECE (CP, ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO), TENDO EM VISTA QUE, ALÉM DA PRESENÇA DOS REQUISITOS RELATIVOS À CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES, OS CRIMES PERPETRADOS TAMBÉM FORAM DOLOSOS, PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES E COMETIDOS COM VIOLÊNCIA À PESSOA. (STJ). JUÍZOS DE CONDENAÇÃO E TIPICIDADE QUE NÃO MERECEM CENSURA. DOSIMETRIA QUE MERECE AJUSTES. TÓPICO RELATIVO À CONDUTA SOCIAL QUE DEVE SER DESCONSIDERADO, CIENTE DE QUE, NO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS SANÇÕES, ESPECIFICAMENTE PARA A DEPURAÇÃO DA PENA-BASE, EVENTUAIS REGISTROS DE ANOTAÇÃO PROCESSUAL INCAPAZES DE CONFIGURAR MAUS ANTECEDENTES NÃO PODEM SER INDIRETAMENTE CONSIDERADOS, EM BURLA REFLEXA À SÚMULA 444 DO STJ, PARA NEGATIVAR CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. CORRETA REPERCUSSÃO DA PREMEDITAÇÃO PARA AUMENTAR A PENA-BASE, HAVENDO ORIENTAÇÃO DO STJ NO SENTIDO DE QUE, 'A CULPABILIDADE ACENTUADA DO AGENTE, EM RAZÃO DA PREMEDITAÇÃO DO CRIME, NÃO CONSTITUI CARACTERÍSTICA DO PRÓPRIO TIPO PENAL, JUSTIFICANDO A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI DO EPISÓDIO DELITUOSO CONTRA A VÍTIMA ALLAN IGUALMENTE REVELADOR DE CENSURABILIDADE DESTACADA, EIS QUE PRATICADO EM LOCAL PÚBLICO, COLOCANDO EM RISCO TRANSEUNTES, JUSTIFICANDO-SE SUA REPERCUSSÃO NA FASE DO ART. 59 DO CP. QUANTIFICAÇÃO DOSIMÉTRICA QUE SE SITUA NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO PODER JUDICIÁRIO (STF), HAVENDO A FIRME ORIENTAÇÃO DESTA TJERJ NO SENTIDO DE SE OPERAR, EM LINHA DE PRINCÍPIO, NAS PRIMEIRAS FASES DE DEPURAÇÃO, SEGUNDO A FRAÇÃO DE 1/6, SEMPRE PROPORCIONAL AO NÚMERO DE INCIDÊNCIAS, DESDE QUE A ESPÉCIE NÃO VERSE

(COMO É O CASO) SOBRE SITUAÇÃO DE GRAVIDADE EXTRAORDINÁRIA, CAPAZ DE SUPERAR OS PARÂMETROS DE AVALIAÇÃO ORDINÁRIA E COTIDIANA, A INDICAR REPRIMENDA CONCRETA MAIS ACENTUADA. PROCEDIMENTO QUE GERA UM AUMENTO DE 1/6 (PREMEDITAÇÃO) SOBRE A PENA-BASE DO HOMICÍDIO TENTADO E DE 2/6 (PREMEDITAÇÃO + DISPAROS EM LOCAL PÚBLICO) SOBRE A PENA-BASE DO HOMICÍDIO CONSUMADO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE COM REPERCUSSÃO DA DIMINUIÇÃO DE 1/6 NA FASE INTERMEDIÁRIA, ATENTO À SÚMULA 231 DO STJ. ÚLTIMO ESTÁGIO DOSIMÉTRICO A RECOMENDAR A MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3 REFERENTE À TENTATIVA, CONSIDERANDO O ITER PERCORRIDO, TANGENCIANDO, EM GRAU SOBREMANEIRA ACENTUADO, O FENÔMENO DA CONSUMAÇÃO. AUMENTO OPERADO PELA CONTINUIDADE DELITIVA (1/4) QUE, IGUALMENTE, SE REVELA PROPORCIONAL E ADEQUADO. ORIENTAÇÃO DO STJ SUBLINHANDO QUE 'PARA A MAJORAÇÃO DA PENA DO CRIME CONTINUADO ESPECÍFICO, PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP (CUJO AUMENTO PODE SER ATÉ O TRIPLO), DEVE HAVER FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS E, TAMBÉM, NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL (STJ). REGIME PRISIONAL FECHADO QUE NÃO FOI QUESTIONADO E QUE DEVE SER PRESTIGIADO, JÁ QUE PROPORCIONAL AO VOLUME DE PENA E ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, A FIM DE REDIMENSIONAR A SANÇÃO FINAL DO APELANTE PARA 16 (DEZESSEIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO". (fls. 75/78).

No presente *mandamus*, a impetrante alega que a motivação empregada na origem para a escolha da fração de aumento da pena do paciente, na terceira etapa dosimétrica, pelo reconhecimento da **continuidade delitiva específica**, foi genérica, além de se confundir com as vetoriais avaliadas na primeira etapa do cálculo das penas, uma vez que as **circunstâncias do crime** e a **culpabilidade** já foram consideradas para a exasperação da pena-base, de modo que a sua dupla valoração consubstanciaria indevido *bis in idem*.

Aduz, também, que, no julgamento do codenunciado (Apelação

Superior Tribunal de Justiça

Criminal n. 0037678-27.2012.8.19.0001 - Processo conexo apensado à ação penal que tramitou na origem), que se encontra na mesma **situação fático-processual** do ora paciente, foi aplicada, pelo reconhecimento da continuidade delitiva, a fração de aumento de 1/6, não havendo fundado motivo de **caráter exclusivamente pessoal** para o tratamento diverso dos condenados.

Ao final, requer seja concedida a ordem, inclusive liminarmente, para que seja aplicado o aumento pelo reconhecimento da **continuidade delitiva específica** em fração não superior a 1/6.

O pedido de liminar foi indeferido, às fls. 152/153.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo **não conhecimento** da impetração (fls. 166/176).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A impetrante se insurge diante da fundamentação empregada pela instância *a quo* na escolha da fração de aumento da pena do paciente imposta pelo **crime continuado específico**.

A matéria ficou posta, na origem, nos seguintes termos:

"DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO.

1ª Fase: No que tange às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a culpabilidade, no caso, ultrapassa ao ordinariamente observado em crimes desta espécie. Necessário considerar que o acusado agiu fria e premeditadamente, tendo se munido de arma de fogo para, juntamente com outro indivíduo, se dirigir ao local em que a vítima estava e executá-la, quando tentava fugir. O réu não possui maus antecedentes, uma

vez que as anotações constantes de sua FAC referem-se a delitos praticados posteriormente ao delito que lhe está sendo imputado na presente ação penal. A conduta social do acusado deve ser considerada negativa. Depreende-se dos depoimentos das testemunhas e da vítima sobrevivente que o acusado se dedicava à reiterada prática de crimes, inclusive com envolvimento com o tráfico e que já teria matado outras pessoas. As inúmeras anotações em sua folha de antecedentes corroboram tais depoimentos. Importante salientar que o próprio acusado confirmou que praticou delitos. Nada a ser valorado em relação à personalidade do acusado. Deixo de valorar os motivos do crime, que já foram submetidos à apreciação do Conselho de Sentença. As circunstâncias do crime também são negativas, uma vez que efetuados disparos próximos a um trailer em que se encontravam presentes outras pessoas, cuja integridade física foi colocada em risco. As consequências do crime são normais à espécie. O comportamento da vítima não pode ser considerado determinante para a prática do crime.

Considerando que houve o reconhecimento de crime de homicídio qualificado e em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, afasta-se a pena do mínimo legal para fixar a pena-base em 18 (dezoito) anos de reclusão.

2.ª Fase: Presente no caso a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, uma vez que, ao tempo da ação o acusado era menor de 21 anos.

Dessa forma, reduz-se a pena na fração de 1/6, fixando-se a pena intermediária em 15 (quinze) anos de reclusão.

3.ª Fase: Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena aplicáveis ao caso, converte-se a pena intermediária em definitiva em 15 (quinze) anos de reclusão.

DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA

1.ª Fase: No que tange às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a culpabilidade, no caso, ultrapassa ao ordinariamente observado em crimes desta espécie. Necessário considerar que o acusado agiu fria e premeditadamente, tendo se munido de arma de fogo para, juntamente com outro indivíduo, se dirigir ao local em que a vítima estava e executá-la. O réu não possui maus antecedentes, uma vez que as anotações constantes de sua FAC referem-se a delitos praticados posteriormente ao delito que lhe está sendo imputado na presente ação penal. A conduta social do acusado deve ser considerada negativa. Depreende-se dos depoimentos das testemunhas e da vítima sobrevivente que o acusado se dedicava à reiterada prática de crimes, inclusive com envolvimento com o

Superior Tribunal de Justiça

tráfico e que já teria matado outras pessoas. As inúmeras anotações em sua folha de antecedentes corroboram tais depoimentos. Importante salientar que o próprio acusado confirmou que praticou delitos. Nada a ser valorado em relação à personalidade do acusado. Deixo de valorar os motivos do crime, que já foram submetidos à apreciação do Conselho de Sentença. As circunstâncias e as consequências do crime são normais à espécie. O comportamento da vítima não pode ser considerado determinante para a prática do crime.

Considerando que houve o reconhecimento de crime de homicídio qualificado e em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, afasta-se a pena do mínimo legal para fixar a pena-base em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

2.^a Fase: *Presente no caso a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, uma vez que, ao tempo da ação o acusado era menor de 21 anos.*

Dessa forma, reduz-se a pena na fração de 1/6, fixando-se a pena intermediária em 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

3.^a Fase: *Na terceira fase, observa-se que o E. Conselho de Sentença reconheceu a presença de causa genérica de diminuição da pena, relativa à tentativa, prevista no inciso II do artigo 14 do Código Penal.*

De acordo com a jurisprudência predominante, a fração de diminuição correspondente à tentativa deve guardar relação com a quantidade de atos executórios praticados pelo agente.

No caso concreto, deve ser considerado que, embora tenha sido efetuado um único disparo, a vítima foi atingida em local extremamente sensível próximo a regiões vitais, como se depreende do boletim de atendimento médico. Ademais, observa-se que a vítima deu entrada na emergência do nosocômio em estado grave, sendo necessária sua submissão a procedimentos médicos. Dessa forma, a redução deve ser estabelecida em patamar mínimo de 1/3 (um terço), aquietando-se a reprimenda em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

À míngua de outras causas de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Do Concurso de Crimes

Tendo em vista que mediante mais de uma ação o acusado praticou dois delitos da mesma espécie, em mesmo contexto, nas mesmas condições de local, em dias consecutivos e em idêntica maneira de execução, deve ser reconhecida a continuidade

delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Entretanto, considerando que se tratam de delitos dolosos cometidos com violência contra vítimas diferentes, entendo que deve ser aplicado o disposto no parágrafo primeiro do artigo 71.

Destarte, deve a reprimenda do delito de homicídio consumado ser acrescida da fração de 1/4 (um quarto), considerando a gravidade e a natureza dos delitos, fixando-se a reprimenda definitiva em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão". (fls. 56/58).

"Noutro giro, positivados os requisitos do art. 71, do CP, e, considerando que os crimes perpetrados também foram dolosos e praticados com violência contra vítimas distintas, correto o reconhecimento da continuidade delitiva na modalidade específica (CP, art. 71, parágrafo único) [...].

*Deveras, ao contemplar a teoria mista, híbrida ou objetiva-subjetiva [...] o legislador pátrio conceituou a continuidade delitiva como o conjunto de ilícitos praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, de modo que, por mera ficção jurídico-legal [...], representativa de um autêntico **favor rei** [...] devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (CP, art. 71).*

DAMÁSIO DE JESUS bem anota que, para a configuração do instituto em causa, faz-se mister a conjugação de quatro elementos constitutivos: a) pluralidade de ações; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) vínculo de ligação objetiva estabelecido pela unidade de tempo, lugar e maneira de execução; e, 4) unidade de desígnio (CP Anotado, Saraiva, 2006, p. 257). Em outras palavras, se tem que 'para a caracterização da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados, que a conduta posterior constitui um desdobramento da anterior' (STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., HC 203.292-SP, julg. em 13.11.2012).

Dentro desse contexto, positivou-se que, no caso em espécie, os dados factuais coletados forjaram, no seu aspecto jurídico-conceitual, a sequência continuativa albergada pelo Código Penal, tendo o Apelante e o corréu Anrique promovido a prática dos crimes dolosos da mesma espécie em série, contra vítimas diferentes, usando do mesmo modus operandi (violência mediante disparos de arma de fogo), em exíguo espaço de tempo entre uma ação e outra (um no dia 13.04.06 e o outro no dia 14.04.06), em circunstâncias e locais rigorosamente similares

Superior Tribunal de Justiça

(Ilha do Governador), tudo a evidenciar o necessário 'liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados, que a conduta posterior constitui um desdobramento da anterior' (STJ, Rei. Min. Laurita Vaz, 5ª T., HC 203.292-SP, julg. em 13.11.2012).

Inquestionáveis, nesses termos, os juízos de condenação e tipicidade, resta a análise do item de impugnação recursal relativo à dosimetria da pena, frente ao qual pode o Tribunal de Justiça promover eventual correção (art. 593, III, 'c', § 2º, do CPP), sublinhando-se, no particular, a larga extensão e profundidade do efeito devolutivo pleno [...]

Sublinhe-se que, uma vez confirmada a incidência da regra da continuidade delitiva no presente caso, seria desnecessária, em princípio, a análise dosimétrica acerca do delito de homicídio tentado, já que, diante do disposto no art. 71, parágrafo único, do CP, deve ser eleita a pena mais grave que, logicamente, é a do homicídio consumado.

Nada obstante, como a Defesa postulou o aumento da fração de diminuição aplicada sobre o delito tentado, bem como o afastamento da continuidade delitiva (que já fora rechaçado), a fim de evitar futura arguição de omissão do julgado, passo a analisar a dosimetria relativamente a ambos homicídios praticados, tentado e consumado.

E assim, o D. Juiz-Presidente, ao proceder à dosimetria (fls. 725/727), fixou as penas-base dos delitos acima do mínimo legal (18 anos para o homicídio qualificado consumado praticado contra Allan e 16 anos para o homicídio qualificado tentado praticado contra Pierre), sob os seguintes fundamentos:

[...]

Em seguida, na fase intermediária, foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa, operando-se a redução em 1/6, alcançando a sanção de 15 anos de reclusão, a qual tornou-se definitiva em relação ao homicídio consumado e de 13 anos e 04 meses de reclusão no que tange ao homicídio tentado.

Na terceira etapa, ante o reconhecimento da tentativa do homicídio praticado contra Pierre, a sanção foi diminuída em 1/3, acomodando-se em 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão.

Por fim, diante da continuidade delitiva, a pena do homicídio consumado foi elevada em 1/4, estabilizando-se em 18 anos e 09 meses de reclusão.

Examinando, então, a primeira fase dosimétrica de ambos os crimes, não se vê como prestigiar integralmente a negatização do art. 59 do CP.

Superior Tribunal de Justiça

Deveras, a despeito de ter reconhecido que o Apelante não tinha maus antecedentes, o D. Juiz-Presidente, em relação a ambos os delitos de homicídio, achou por bem repercutir tal circunstância, indireta e negativamente, a pretexto de examinar outra rubrica de avaliação do art. 59 do CP (conduta social), operação que constitui burla reflexa ao Princípio da Inocência Presumida (CF, art. 5º, LVII).

De fato, exibindo uma mesma premissa lógica, sob o manto disciplinador de idêntica fonte jurídica, não é lícito ao Juiz fazer ilações sobre o suposto perfil criminoso do réu ou sua alegada conduta social desvirtuada, quando, em ambos os casos, a incidência da Súmula 444 do STJ neutraliza o respectivo fundamento-base para tais digressões. Equivale dizer, a qualquer título ou pretexto, direta ou indiretamente, com esta ou aquela nomenclatura, 'é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'. [...]

Por outro lado, a atuação premeditada do crime (circunstância judicial negatizada em ambos os homicídios), enseja, de fato, reprovabilidade diferenciada da conduta, ciente de que 'a culpabilidade acentuada do agente, em razão da premeditação do crime, não constitui característica do próprio tipo penal, justificando a elevação da pena-base acima do mínimo legal' (STJ, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, AgRg no AREsp 235.526/SP, julg. em 27.08.2013).

O mesmo se diga quanto às circunstâncias concretas do crime sopesadas no tocante ao homicídio consumado praticado contra Allan.

Com efeito, o Apelante e o corréu Anrique efetuaram disparos de arma de fogo em local movimentado (próximo a um bar tipo 'trailer'), colocando a vida de diversas pessoas em concreto risco, à luz de uma atitude irresponsável e inconsequente, claramente extrapoladora dos limites inerentes ao tipo penal. [...]

No que tange à quantificação dosimétrica, tal se situa no âmbito da discricionariedade regrada do Poder Judiciário [...], havendo a firme orientação deste TJERJ no sentido de se operar, em linha de princípio, nas primeiras fases de depuração, segundo a fração de 1/6, sempre proporcional ao número de incidências [...], desde que a espécie não verse (como é o caso) sobre situação de gravidade extravagante, capaz de superar os parâmetros de avaliação ordinária e cotidiana, a indicar reprimenda concreta mais acentuada.

Nessa linha de atuação, projetando-se essa referência de aumento (1/6), multiplicada pelo número de circunstâncias

Superior Tribunal de Justiça

judiciais negativadas, tem-se que a majoração da pena-base do homicídio consumado há de ser feita, na espécie, segundo a fração de 2/6 (culpabilidade - premeditação + circunstâncias do crime - disparos em local público) e do homicídio tentado, na fração de 1/6 (culpabilidade - premeditação), acomodando-se as sanções finais em 16 anos de reclusão e 14 anos de reclusão, respectivamente.

Na sequência, reproduzo a diminuição de 1/6 concernente à atenuante da menoridade relativa, acomodando-se a sanção intermediária de 13 anos e 04 meses de reclusão para o homicídio consumado, a qual torna-se definitiva, à míngua de novas operações, e de 12 anos de reclusão para o homicídio tentado, enfatizando que, neste último caso, não se pode levar o quantum para alguém do mínimo legal (Súmula nº 231 STJ).

[...]

Em seguimento, tenho que o aumento operado pela instância de base (1/4) ante o reconhecimento da continuidade delitiva na modalidade específica (CP, art. 71, parágrafo único) também se revela adequado.

Isso porque, ao contrário do sustentado pela Defesa (ocorrência de suposto bis in idem ou contradição frente às circunstâncias judiciais já sopesadas), fato é que 'para a majoração da pena do crime continuado específico, previsto no parágrafo único do art. 71 do CP (cujo aumento pode ser até o triplo), deve haver fundamentação com base no número de infrações cometidas e também, nas circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal' [...]

E se assim o é, guardando coerência com o reconhecimento e manutenção de duas circunstâncias judiciais negativadas quando da fixação da pena-base do homicídio consumado (culpabilidade - premeditação + circunstâncias do crime - disparos de arma de fogo em local público), conservo o aumento de 1/4, pelo que alcanço a pena final de 16 (dezesseis) anos e 08 (oito) meses de reclusão." (fls. 128/138).

Por sua vez, assim decidiu a instância *a quo* sobre o aumento relativo à **continuidade delitiva**, na dosimetria das penas do corréu ANRIQUE SOARES DOS SANTOS (Apelação Criminal n. 0037678-27.2012.8.19.0001)

"- Do recurso ministerial

Requer o representante ministerial a reforma na dosimetria com o consequente aumento da pena-base, bem como seja aplicado o aumento previsto no parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

[...]

As **circunstâncias** previstas no art. 59 do Código Penal são chamadas de judiciais por serem de apreciação exclusiva e reservada do julgador, o qual usará de seu poder discricionário na avaliação de cada uma delas. O juiz é quem irá determinar se terão carga positiva ou negativa, ao contrário das demais circunstâncias que têm sua valoração determinada pelo legislador.

O MP aponta para o fato de que o acusado agiu de maneira fria, premeditada, insensível e covarde. Contudo, tais circunstâncias foram combatidas pelo juízo de piso, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 16 anos, o que se encontra razoável e em conformidade com as diretrizes do art. 59, do CP.

Observa-se que o acusado, mediante mais de uma ação, cometeu dois delitos da mesma espécie, isto é, um homicídio consumado e outro tentado, havendo identidade de tempo, condições, lugar e maneira de execução, sendo, portanto, o homicídio consumado continuação do homicídio tentado. A sentença reconheceu a continuidade delitiva, aplicando a fração mínima de 1/6.

Contudo, o Ministério Público irressignou-se com a aplicação da exasperação mínima, alegando desproporcionalidade e desconformidade com a Carta Magna, devido o valor do bem jurídico lesionado.

Na terceira fase de aplicação da pena, o douto Magistrado justificou o percentual pelo número de injustos para adoção da fração da continuidade, ou seja, dois crimes, adotando-se o critério puramente objetivo.

Segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o critério de aumento da pena pela continuidade delitiva comum, prevista no artigo 71, caput, do Código Penal se faz em razão do número de infrações praticadas e não as circunstâncias previstas no art. 59 do mesmo Código.

Assim, tendo o réu praticado a quantidade mínima de delitos necessária para o reconhecimento da continuidade delitiva e não se vislumbrando da análise das circunstâncias previstas no parágrafo único do art. 71 do Código Penal para tal fim, a necessidade de elevação da pena além do mínimo estabelecido no 'caput' do artigo 71, ou seja, de 1/6 (um sexto), não é necessária, encontrando-se a fração mínima adequada de acordo com jurisprudência do STJ." (fls. 143/145).

Sobre o tema, destaque-se, ainda, o seguinte excerto da

Superior Tribunal de Justiça

sentença condenatória proferida contra o corréu ANRIQUE SOARES DOS SANTOS no Processo n. 0037678-27.2012.8.19.0001, obtida por meio de consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"SENTENÇA ANRIQUE SOARES DOS SANTOS, qualificado nos autos, foi pronunciado, nos feitos que viriam a ser unificados, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II (Proc. nº 0367001-38.2011.8.19.0001), e art. 121, § 2º, I e IV, todos do Código Penal (Proc. nº 0037678-27.2012.8.19.0001), por ter, no dia 13 de abril de 2006, por volta das 18:00 horas, na Ilha do Governador, nesta cidade, efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima Pierre Marcos da Silva, não consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade, e, no dia seguinte, 14 de abril, no mesmo bairro, efetuado também disparos de arma de fogo contra a vítima Allan Castro Monteiro, causando a sua morte, sendo os dois crimes duplamente qualificados. Submetido o réu a julgamento nesta data, o Eg. Conselho de Sentença, sempre por mais de três votos, na primeira série (vítima Pierre Marcos da Silva), respondeu afirmativamente aos três primeiros quesitos, negativamente ao terceiro, voltando a proferir resposta afirmativa nos dois últimos. Na segunda série (vítima Allan Castro Monteiro), respondeu afirmativamente aos dois primeiros, negativamente ao terceiro, voltando a proferir resposta afirmativa no quarto e negativa no último. Em conformidade com esse veredicto, reconheceu o colegiado popular que o acusado deve responder pelos dois homicídios imputados - o tentado, com a incidência de duas qualificadoras e o consumado, com a de uma só. Verifico, contudo, que a hipótese se subsume, à perfeição, ao chamado crime continuado, já que ambas as ações delituosas foram efetivadas em um mesmo contexto, no mesmo bairro, em dias consecutivos e através de idêntica maneira de execução, pelo que o injusto subsequente deve ser havido como continuação do primeiro. Desse modo, deve ser eleita a pena do delito mais grave, sobre a qual incidirá o acréscimo pertinente. Nessa linha de raciocínio, reputo mais grave, logicamente, o homicídio consumado. Atento às diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, observo que há elementos nos autos, inclusive os antecedentes noticiados em sua FAC, que revelam que o réu, desde jovem, ostenta personalidade desajustada, voltada para a criminalidade violenta. Aliás, esse perfil violento pode ser extraído do relato da vítima sobrevivente, que narrou todo o seu pavor e as ameaças que continuou a sofrer, justamente por ter 'ousado' sobreviver e testemunhar quanto aos dois crimes. No injusto consumado, ora em análise, obrou o acusado com acentuada culpabilidade, traduzida por fria premeditação,

insensibilidade, covardia e certeza da impunidade. Desfavoráveis as circunstâncias e consequências do evento, não se podendo olvidar que o delito foi perpetrado em via pública, em pleno feriado religioso (sexta-feira da Paixão) e a vida de um rapaz, prestes a ainda completar vinte anos e com um belo futuro pela frente, foi estupidamente ceifada. Nesse passo, deve a pena-base ser fixada acima do mínimo - dezesseis anos de reclusão. Inocorrem agravantes. O réu era menor de 21 anos à época, pelo que incide a atenuante específica e a sanção é suavizada para quinze anos de reclusão. Em função da continuidade delitiva e tratando-se de critério meramente objetivo - foram dois os delitos perpetrados -, a reprimenda é aumentada de um sexto e torna-se definitiva em dezessete anos e seis meses de reclusão. A sanção será inicialmente cumprida no regime mais severo, seja pelo quantum definitivamente encontrado, seja por força da hediondez. Isto posto, em face do pronunciamento emanado do Eg. Tribunal do Júri, em sua alta soberania, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar, como condeno, ANRIQUE SOARES DOS SANTOS, por infração ao art. 121, § 2º, I, e art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, n/f do art. 71, caput, todos do Código Penal, à pena de dezessete anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado."

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, *em se tratando de aumento de pena referente à **continuidade delitiva [simples]**, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações* (HC n. 283.720/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 26/08/2014).

Contudo, para a majoração da pena do **crime continuado específico**, previsto no parágrafo único, do art. 71 do CP (cujo aumento pode ser até o triplo), deve haver fundamentação com base no **número de infrações cometidas** e, também, nas **circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal**.

No caso, o sentenciante, quando da aplicação da regra do **crime continuado específico**, exasperou em 1/4 a pena mais grave de um dos delitos de homicídio qualificado, o que foi mantido pelo Tribunal de origem.

Considerando que, na espécie, deve ser ponderado não só o

Superior Tribunal de Justiça

número de infrações, mas também a análise desfavorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (**culpabilidade e circunstâncias do crime**), entendendo que deve ser mantido o aumento de **1/4**, até mesmo em face do limite legal previsto, que permite o aumento até o triplo (art. 71, parágrafo único, do Código Penal).

No mesmo sentido, os julgados abaixo:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARAÇO ÀS INVESTIGAÇÕES DE CRIMES RELACIONADOS A ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. EXTORSÃO MAJORADA (2 VEZES). CONCUSSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA COMUM E ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. EXCESSO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações.

2. Já para a continuidade delitiva específica, a exasperação da pena deverá levar em conta não somente o número de crimes praticados, mas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, por expressa previsão do art. 71, parágrafo único, do CP.

[...]

4. Relativamente às extorsões majoradas, em atenção ao número de infrações (duas) e à análise desfavorável das circunstâncias do crime, é de rigor a incidência de fração um pouco acima do mínimo legal, em 1/5.

5. Habeas corpus concedido para reduzir as frações de aumento da continuidade delitiva e, em consequência, redimensionar a pena final do paciente, nos termos do voto. (HC 486.118/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBOS TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS E DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS OBJETIVOS E

SUBJETIVOS. NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A fração de aumento pela continuidade delitiva específica, prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, pressupõe a análise de requisitos objetivos, extraídos da quantidade de crimes praticados, e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime. Assim, presentes ambos os requisitos de natureza objetiva e subjetiva, a regra da continuidade delitiva específica ou qualificada, diferentemente da continuidade delitiva comum ou simples - capitulada no caput do mesmo artigo, cujo aumento varia de 1/6 à metade -, permite o aumento das penas até o triplo.

2. Hipótese em que as penas dos pacientes foram aumentadas em 2/3 com base no número de infrações e na existência de circunstância judicial desfavorável, revelando-se proporcional e adequado o incremento realizado na origem.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 405.582/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)

Outrossim, não há que se falar em **extensão dos efeitos do recurso criminal** do corréu ANRIQUE SOARES DOS SANTOS (Apelação Criminal n. 0037678-27.2012.8.19.0001) para beneficiar o ora paciente, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, pois os codenunciados não contam com a mesma **situação fático-processual**.

Em verdade, como se percebe da leitura do excerto da sentença condenatória de ANRIQUE, acima colacionado, a avaliação das circunstâncias judiciais, na primeira etapa da dosimetria das suas penas, foi feita de modo distinto da do ora paciente.

Ademais, a despeito de terem sido conjuntamente denunciados (fls. 18/21), as ações penais movidas contra ANRIQUE e GABRIEL foram desmembradas (fl. 26) e esta Corte Superior de Justiça tem entendimento firme no sentido de que não há **identidade fático-processual** entre coautores que

sofrem persecução penal em processos distintos, ainda que conexos.

Sobre o tema:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. SUPERADO. SÚMULA N. 52/STJ. NULIDADE. AUDIÊNCIA REALIZADA SEM A PRESENÇA DOS RÉUS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DEFESA PRESENTE NO ATO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PEDIDO DE EXTENSÃO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

4. O corréu foi citado por edital, sendo decretada a suspensão do processo e do prazo prescricional, com a consequente expedição de mandado de prisão em desfavor dele, determinando-se o desmembramento do processo, não havendo, portanto, identidade fático-processual entre ele e os pacientes.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 88.902/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 03/12/2018)

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL COM RELAÇÃO AOS CORRÉUS DANILO E RODRIGO. PRISÃO DO CORRÉU TIAGO DECRETADA EM OUTRA DECISÃO. PROCESSO DESMEMBRADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA ORDEM COM RELAÇÃO A ESSE ÚLTIMO. PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO.

1. Demonstrada a similitude da situação processual dos corréus Danilo Augusto Drago e Rodrigo Felício com a do recorrente, deve-se estender a ordem concedida nestes autos para revogar-lhes a prisão preventiva, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

2. A prisão cautelar do corréu Tiago Augusto de Oliveira Leite foi decretada em decisão diversa das dos demais. Houve ainda o desmembramento do processo com relação a esse corréu. Não há, assim, mesma condição fático-processual.

3. Pedido de extensão deferido somente com relação aos corréus Danilo Augusto Drago e Rodrigo Felício. (PExt no RHC 61.679/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta

Superior Tribunal de Justiça

Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017)

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO EM RELAÇÃO A CORRÉU. ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VERIFICAÇÃO ACERCA DE TEREM AMBOS OS CO-RÉUS PARTICIPADO DO CRIME EM CIRCUNSTÂNCIAS IDÊNTICAS. REEXAME DE PROVAS. PEDIDO INDEFERIDO.

[...]

2. Além disso, 'A extensão não pode alcançar ações penais diversas, ainda que sejam elas conexas àquela na qual foi a ordem concedida.' (PExt no HC 109.205/PR, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 3.8.09).

3. Ordem denegada. (HC 144.928/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 26/09/2011)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTIGO 580. PEDIDO DE EXTENSÃO DA DECISÃO A AÇÃO PENAL DIVERSA. ALEGADA LITISPENDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 580 do Código de Processo Penal prevê a extensão de decisões a corréus cuja situação fático-processual seja idêntica àquela em favor de quem foi ela proferida.

2. A extensão não pode alcançar ações penais diversas, ainda que sejam elas conexas àquela na qual foi a ordem concedida.

3. Pedido indeferido. (PExt no HC 109.205/PR, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009)

Ante o exposto, ausente qualquer ilegalidade flagrante, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator