

253
✓

Apelação Criminal nº: 025179-25.1996.8.17.0810 (0307253-5)

Comarca Origem: Jaboatão dos Guararapes – Vara do Tribunal do Juri

Apelante: Luzinete Maria Perelra e Amaro Malaquias da Silva

Apelado: Representante do Ministério Público do Estado de Pernambuco

Relator: Des. Mauro Alencar de Barros

Procuradora de Justiça: Yélena de Fátima Monteiro Araújo (convocada)

Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. APELADOS PRONUNCIADOS PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 121, § 2º, IV DO CÓDIGO PENAL E CONDENADOS PELO ART. 121, § 2º, IV DO MESMO DIPLOMA LEGAL. APELAÇÃO DA DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NÃO PODEM SER VALORADAS NEGATIVAMENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA FUNDAMENTO UTILIZADO PARA AGRAVAR A SANÇÃO FOI O MESMO UTILIZADO PARA QUALIFICAR O HOMÍCIDIO. BIS IN IDEM. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO ART. 61, II, 'C', CP. NÃO APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 STJ. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME.

1. A materialidade e autoria, in casu, são inconteste, pela Perícia Tanatoscópica de fl. 54, pelo Exame em local do crime às fls. 55/58, Ilustrações fotográficas às fls. 59/63, Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 67, pelo depoimento das testemunhas às fls. 104/105 e pela confissão dos apelantes às fls. 107/108 dos autos.
2. No que se refere a dosimetria, diante de uma análise acurada dos autos, a despeito dos argumentos da defesa no sentido de que a fixação do quantum da pena foi desproporcional a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Penas-base fixadas nos mínimos legais, quais sejam, 12 (doze) anos de reclusão.
3. Na segunda fase da dosimetria da pena, verifico que a douta magistrada considerou, em desfavor de ambos os apelantes, a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "c", contudo, tal fato já foi leva em consideração para qualificar o crime de homicídio, exasperando sua pena-base em abstrato para o patamar de 12 a 30 anos de reclusão. Assim, só sendo reconhecida apenas uma qualificadora pelo Conselho de sentença, essa não pode essa ser utilizada para qualificar e agravar ao crime.
4. Quanto à confissão espontânea reconhecida pela sentenciante deixo de fazer incidir-la tendo em vista que a redução da pena aquém do limite mínimo vai de encontro à própria natureza das causas gerais de aumento e diminuição da pena, qual seja, a de nortear a aplicação da reprimenda dentro dos limites previstos para cada tipo penal. Súmula 231 do STJ.
5. **Apelelo provido parcialmente** apenas para reformar as penas definitivas dos recorrentes Luzinete Maria Perelra e Amaro Malaquias da Silva para 12 (doze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado. **Decisão unânime.**

257
J

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº **0307253-5** da Vara do Juri da comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE, em que figura, como apelantes Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva, e, como apelado Ministério Público do Estado de Pernambuco, acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, **por unanimidade de votos**, em dar provimento parcial ao recurso, tudo consoante consta do relatório e votos anexos, que passam fazer parte do julgado.

Recife, 18 de 06 de 2014.


Des. Mauro Alencar de Barros
Relator

Apelação Criminal nº: 025179-25.1996.8.17.0810 (0307253-5)

Comarca Origem: Jaboatão dos Guararapes – Vara do Tribunal do Juri

Apelante: **Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva**

Apelado: Representante do Ministério Público do Estado de Pernambuco

Relator: Des. Mauro Alencar de Barros

Procuradora de Justiça: Yélена de Fátima Monteiro Araújo (convocada)

Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal interposta em favor de Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva contra a sentença de fls. 188/190 prolatada pelo MMª. Juíza de Direito Presidente da 1ª Vara do Tribunal do Júri da comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE, Inês Maria de Albuquerque Alves, que, em consonância com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, condenou os recorrentes pela prática do crime tipificado no **art. 121, §2º, inciso IV do Código Penal** à pena definitiva de **20 (vinte) de reclusão, para cada um dos sentenciados**, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Irresignado com a decisão do Conselho de Sentença, a defesa dos recorrentes, em plenário, interpôs o recurso de apelação, com fundamento no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal.

Com fulcro no art. 600 do CPP a defensoria pública apresentou as razões, fls. 205/215 requerendo o conhecimento e provimento do recurso a fim de **reduzir as penas-base dos apelantes** ao mínimo legal, aduzindo ausência de fundamentação idônea na análise do art. 59 do Código Penal. Em seguida, deprecou reparo na segunda fase da sanção penal, uma vez que a

sentenciante considerou em desfavor dos apelantes a qualificadora prevista no inciso IV, §2, do art. 121 do Código Penal, qualificadora a qual, já utilizada para exasperar a pena-base em abstrato, incorrendo assim, a magistrada em bis in idem.

O Ministério Público ofereceu as **contrarrazões**, às fls. 216/217, nas quais pugna pela **reforma das reprimendas**, uma vez que as penas aplicadas foram de fato exageradas e não respeitaram o caminho delineado pelo art. 59 do Código Penal.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, acostado às fls. 221/224, requereu o **provimento do recurso de apelação**, a fim de que seja redimensionada a pena privativa de liberdade dos apelantes, devendo ser excluídas as valorações negativas do art. 59 do CP. Aduziu também que a segunda fase da aplicação da pena merece reparos.

É o Relatório.

À Douta Revisão.

Recife, 02 de 04 de 2014.


Des. Mauro Alencar de Barros
Relator

Apelação Criminal nº: 025179-25.1996.8.17.0810 (0307253-5)

Comarca Origem: Jaboatão dos Guararapes – Vara do Tribunal do Juri

Apelante: **Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva**

Apelado: Representante do Ministério Público do Estado de Pernambuco

Relator: Des. Mauro Alencar de Barros

Procuradora de Justiça: Yélena de Fátima Monteiro Araújo (convocada)

Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal

VOTO DO RELATOR

Presentes os pressupostos recursais de admissibilidade. Conheço do recurso.

Como já consignado no relatório, cuida-se de apelação criminal interposta em favor de **Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva** contra a sentença de fls. 188/190, prolatada pelo MM^o. Juíza de Direito Presidente da 1ª Vara do Tribunal do Júri da comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE, Inês Maria de Albuquerque Alves, que em consonância com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, condenou os recorrentes pela prática do crime tipificado no **art. 121, §2º, inciso IV do Código Penal à pena definitiva de 20 (vinte) de reclusão**, para cada um dos sentenciados, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Pretende a defesa, através da interposição do presente recurso, o reparo na dosimetria da pena. Primeiramente aduz a ausência de fundamentação idônea na análise do art. 59 do Código Penal, a defensoria afirma que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis aos apelantes. Em seguida requer reforma na segunda fase da sanção penal, pois a sentenciante

considerou em desfavor dos apelantes a qualificadora prevista no inciso IV, §2, do art. 121 do Código Penal, qualificadora a qual, utilizada para exasperar a pena-base em abstrato, incorrendo assim, a magistrada em bis in idem.

Em que pese não ter sido objeto do recurso, **destaco que a materialidade e as autorias** do delito narrado na peça acusatória encontram-se perfeitamente demonstradas pela Perícia Tanatoscópica de fl. 54, pelo Exame em local do crime às fls. 55/58, Ilustrações fotográficas às fls. 59/63, Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 67, pelo depoimento das testemunhas às fls. 104/105 e pela confissão dos apelantes às fls. 107/108 dos autos.

No que se refere ao **objeto do recurso, a alegada inadequação da dosimetria da pena**, entendo que tal pleito merece prosperar. Vejamos:

Ao aplicar a pena-base, assim se pronunciou a Douta Magistrada a quo, às fls. 406/407 da sentença:

Passo à análise do artigo 59 do Código Penal e à dosimetria da pena.

Com relação ao acusado **AMARO MALAQUIAS DA SILVA**:

A **culpabilidade** está comprovada e afere-se gravíssima, e tenho ainda a considerar que o acusado era ao tempo da infração maior de 18 anos, mentalmente capaz e sabia, ou deveria saber, da ilicitude da conduta adotada.

O sentenciado não possui **antecedentes** ou registros processuais.

Quanto à **conduta social**, é desfavorável consoante é possível aferir pelo contido às fls.13.

Com relação à **personalidade**, é desvirtuada e corroída, fora dos padrões de normalidade, demonstrando incompreensão de valores.

O **motivo** do crime foram conflitos familiares.

As consequências do crime foram gravíssimas.

Em relação ao **comportamento da vítima**, de nenhum modo contribuiu para a ocorrência do fato criminoso, vale salientar que esta foi surpreendida durante a noite no interior de sua residência.

As circunstâncias do delito revelam que o crime foi praticado de forma dolosa, com uso de arma de fogo. Sua ação deixou demonstrada insensibilidade à vida do semelhante.

Portanto, das oito circunstâncias judiciais nominadas, previstas no Art. 59 do Código Penal, sete são desfavoráveis ao sentenciado.

Diante da decisão condenatória do Conselho de Sentença e com amparo no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, atenta aos elementos norteadores do artigo 59 do mesmo diploma legal, **fixo a pena-base em 18 (dezoito) anos de reclusão.**

Com o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da **qualificadora do uso de recurso que dificultou, ou impossibilitou a defesa da vítima (inciso IV)**, **evevo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, chegando agora à pena de 21 (vinte e um) anos de Reclusão**, a qual reduzo em 1 (um) ano de reclusão, ante o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, tornando-a agora concreta e definitiva à minguada de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Com relação ao acusado **LUZINETE MARIA PEREIRA:**

A **culpabilidade** está comprovada e afere-se gravíssima, e tenho ainda a considerar que a acusada era ao tempo da infração maior de 18 anos, mentalmente capaz e sabia, ou deveria saber, da ilicitude da conduta adotada.

A sentenciada é primária e sua conduta social não tem registro.

Com relação à **personalidade**, é desvirtuada e fora dos padrões.

O **motivo** do crime foram conflitos familiares.

As **consequências do crime** foram gravíssimas e o comportamento da vítima não concorreu para o crime, sendo surpreendida durante a noite em sua residência.

As **circunstâncias do delito** revelam que o crime foi praticado de forma dolosa, com uso de arma de fogo. Sua ação deixou demonstrada insensibilidade à vida do semelhante.

Portanto, das oito circunstâncias judiciais nominadas, previstas no Art. 59 do Código Penal, sete são desfavoráveis a sentenciada.

Diante da decisão condenatória do Conselho de Sentença e com amparo no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, atenta aos elementos norteadores do artigo 59 do mesmo diploma legal, **fixo a pena-base em 18 (dezoito) anos de reclusão.**

Com o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da **qualificadora do uso de recurso que dificultou, ou impossibilitou a defesa da vítima (inciso IV), elevo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, chegando agora à pena de 21 (vinte e um) anos de Reclusão**, a qual reduzo em 1 (um) ano de reclusão, ante o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, tornando-a agora concreta e definitiva à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Isto posto, condeno os acusados AMARO MALAQUIAS DA SILVA e LUZINETE MARIA PEREIRA a 20 (vinte) anos de reclusão, para cada um dos sentenciados. (nosso grifo)

Verifica-se que ao analisar as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, a Magistrada fixou as **penas-base dos recorrentes em 18 (dezoito) anos de reclusão**, 06 (seis) anos acima do mínimo legal.

Como se percebe, as penas-base foram fixadas muito acima do mínimo legal, reportando-se a Magistrada as **culpabilidades, as personalidades dos réus, os motivos, as circunstâncias as consequências e o comportamento da vítima**, considerados como elementos negativos, todavia não apresentando fundamentação idônea e adequada para tanto.

É bem verdade que o Magistrado não precisa analisar, necessariamente, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, todavia, as circunstâncias judiciais utilizadas pelo Juiz para majorar a pena-base acima do mínimo legal devem ser mensuradas concretamente, de modo que a decisão reste devidamente fundamentada, permitindo-se o exercício pleno da ampla defesa. Nesse sentido, passo a análise:

A **culpabilidade** como circunstância judicial, **não pode ser entendida como pressuposto para a aplicação da pena**, que tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, mas sim como grau de reprovabilidade da conduta perpetrada. Na análise das circunstâncias, a culpabilidade foi aferida aspectos inerentes a qualquer prática delitiva, confundindo a culpabilidade

prevista no art. 59 do CP, com a culpabilidade "*stricto sensu*" que compõe o conceito analítico do crime.

Digo isso, pois a sentenciante quando se debruçou **na análise da culpabilidade, levou em consideração o fato dos apelantes serem mentalmente capazes e maiores de 18 anos à época do fato criminoso, todavia, tais dados dizem respeito à imputabilidade da conduta, elemento o qual integra o conceito de crime e não o grau de reprovação da conduta.**

Nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

(...) A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal.

(...) Ordem concedida, em maior extensão ao voto do eminente Relator, para reduzir a pena-base do paciente. (HC n. 107.795/RS, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, DJe 2/3/2009)

Ao se debruçar sobre a **personalidade** dos recorrentes a magistrada se resumiu a afirma serem desvirtuadas e fora dos padrões.

Como leciona Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar desta circunstância judicial em Tratado de Direito Penal - parte geral - vol. 1, 14ª ed. Saraiva, 2012, p. 629, aduz que:

(...) Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu. (...).

No caso dos autos, inexistem elementos para analisá-la com exatidão, não podendo a sentenciante fazer afirmações genéricas para ponderação negativa acerca das personalidades dos apelantes, merece desse modo ser afastada.

A **motivação** do crime de igual modo não se presta a exasperar a reprimenda. Nos motivos a sentenciante informou serem referentes a “conflito familiares”, outrossim não afirmando de que maneira poderia ser valorado. Ademais, saliento que o promotor de justiça requereu a exclusão da qualificadora relativa a motivação do crime, a qual foi acatado pelo corpo de jurados.

Com relação **às consequências do crime**, também foi apresentada uma fundamentação vaga e genérica. Em sua análise a douta magistrada reportou-se como “gravíssimas”.

Desse modo, deve-se excluir a majoração efetuada, porquanto se trata de **fundamentação vaga e imprecisa** quanto às consequências do crime.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, já se manifestou:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. PRESENÇA DE MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE PESSOAS. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. SITUAÇÃO PROCESSUAL IDÊNTICA À DO CORRÊU. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base se apoiando, tão somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificá-la.

(...) (HC 158912/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), j. em 17.5.2012).

Na mesma linha de raciocínio devem ser sopesadas as **circunstâncias do crime**, pois a exasperação da pena teve como alicerce no dolo dos apelantes. A sentenciante assim fundamentou a apreciação: “revelam

que o crime foi praticado de forma dolosa, com uso de arma de fogo. Sua ação deixou demonstrada insensibilidade à vida do semelhante”.

Ora, igualmente fez uso de fundamentação vaga e com arrimo nos elementos do crime. **Digo Isso, pois é indiscutível na teoria finalista, adotada pelo nosso Código Penal, que a presença do dolo (ou culpa quando prevista em lei) é indispensável para a existência do crime.**

Pela Teoria Finalista o dolo deve ser avaliado já no momento do exame da tipicidade da conduta. O núcleo do tipo define a conduta criminosa, de modo que a conduta, para ter relevância penal, tem que ao menos iniciar a execução desse núcleo com o agente cômico do resultado delitivo que pretende alcançar. Sendo assim, inviável a apreciação do dolo nas circunstâncias do crime.

Quanto a **conduta social** é circunstância judicial, sabe-se que essa elementar investiga o comportamento social/comunitário dos réus. Nesse sentido, são as lições de Rogério Greco: "Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente junto à sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal. (Curso de Direito Penal, Parte Geral, Vol. I, 5.ª Edição, 2010, Ed. Impetus, pags. 627/628.)

No caso dos autos, a magistrada apenas sopesou essa circunstância em desfavor do recorrente Amaro, apesar de ter fixado as penas-base no mesmo patamar para a outra recorrente. Todavia, a mesma deve ser excluída do julgamento. Pois, não há elementos nos fôlios que remetam em concreto a conduta social de Amaro.

Por fim, no que diz respeito ao **comportamento da vítima**, de igual modo, tal circunstância não pode agravar a sanção, pois o fato de a vítima em nada ter contribuído para o delito não denota um caractere negativo. Em sequência, ainda analisando o comportamento da vítima, afirma a magistrada: "de nenhum modo contribuiu para a ocorrência do fato criminoso, vale salientar

que esta foi surpreendida durante a noite no interior de sua residência”, utilizando-se do alicerce aproveitado para qualificar o delito em tela.

Sendo assim, o juiz sentenciante analisou com acerto a conduta social do recorrente, uma vez que o mesmo confessou em seu interrogatório que cometeu o delito de furto em razão de ser viciado em drogas. Nesse sentido, o apelante demonstrou conduta social desajustada devendo assim, tal circunstancia ser valorada negativamente.

Portanto, consideradas favoráveis e/ou não fundamentadas todas as circunstâncias judiciais analisadas pela sentenciante, **reformo as penas-base dos apelantes Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva** para mínimo legal, **12 (doze) anos de reclusão, para cada um dos recorrentes.**

Passando para a **segunda fase da dosimetria da pena**, verifico que a douta magistrada considerou, em desfavor de ambos os apelantes, a **agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “c”** (à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido), exasperando a sanção de ambos em 03 (três) anos.

Contudo, tal fato já foi leva em consideração para qualificar o crime de homicídio, exasperando sua pena-base em abstrato para o patamar de 12 a 30 anos de reclusão. Assim, só sendo **reconhecida apenas uma qualificadora** pelo Conselho de sentença, essa não pode essa ser utilizada para qualificar e agravar ao crime.

Desta forma, não se pode negar que houve **excesso na aplicação da agravante, infringindo o princípio do “non bis in idem”**.

Quanto à **confissão espontânea** reconhecida pela sentenciante, também na segunda fase da aplicação da pena, **deixo de fazer incidi-la tendo em vista que a redução da pena aquém do limite mínimo** vai de encontro à própria natureza das causas gerais de aumento e diminuição da pena, qual seja, a de nortear a aplicação da reprimenda dentro dos limites previstos para cada tipo penal.

Acrescenta-se que STJ exteriorizou entendimento seguido por esse Egrégio Tribunal de Justiça, quando da edição do Enunciado 231 da sua Súmula,

in verbis: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Da mesma forma, **já me posicionei a AC 0309153-8.**

A corroborar a jurisprudência do STJ:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. CRITÉRIO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES.

I - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n. 231 - STJ).

II - O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas.

III - Considerando que a recorrida, nos processos em análise, praticou, pelo menos, onze crimes em continuidade delitiva, justifica-se o aumento da pena mais grave acima do patamar mínimo estabelecido pelo art. 71 do CP. Recurso provido para extirpar a redução da pena-base em patamar abaixo do mínimo legal, em decorrência da incidência de atenuante, e aplicar o percentual máximo pela continuidade delitiva. (REsp 1111759/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 28/09/2009)

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e aumento da pena. Diante de todo o exposto, torno definitivas as sanções dos apelantes LUZINETE MARIA PEREIRA E AMARO MALAQUIAS DA SILVA em 12 (doze) anos de reclusão, para cada um dos recorrentes.

Sendo assim, **dou provimento parcial ao apelo interposto, para reduzir as reprimendas dos recorrentes LUZINETE MARIA PEREIRA E AMARO MALAQUIAS DA SILVA para 12 (doze) anos de reclusão, para cada um dos apelantes.**

Recife, 19 de 06 de 2014.

Des. Mauro Alencar de Barros
Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE - CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

APELAÇÃO CRIME Nº 307253-5 (0025179-25.1996.8.17.0810)

Apelante: Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva

Apelado: Ministério Público de Pernambuco

Relator: Des. Mauro Alencar de Barros.

Revisor: Des. Antonio Carlos Alves da Silva.

Procurador(a) de Justiça: Dra. Yélena de Fátima Monteiro Araújo.

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

VOTO DE REVISÃO

Trata-se de apelação criminal interposta pelos réus **Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva**, contra a decisão proferida pelo Conselho de Sentença da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Jaboatão dos Guararapés, que os condenou a pena de definitiva de 20 (vinte) anos de reclusão, pela prática do crime disposto no artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro.

A defesa dos apelantes, não conformado com a decisão do Conselho de Sentença, com fundamento no artigo 593, III do Código de Processo Penal, interpôs o presente recurso, ao argumento de que a pena base restou exacerbada em razão da inexistência de fundamentação idônea no referente à análise do artigo 59 do Código Penal. Aduz que apesar de haver o juízo utilizado a qualificadora para fins de exasperação da pena, este magistrado também usou tal qualificadora em desfavor dos réus, incorrendo em *bis in idem*.

Nas Contrarrazões às fls. 216/217, o Ministério Público do Estado de Pernambuco, pugna pela reforma da sentença, para o fim de reduzir as penas aplicadas.

O Parecer da Douta Procuradoria de Justiça às fls. 221/224, é pelo provimento do recurso, redimensionando a pena privativa de liberdade dos apelantes e corrigindo a preponderância dada à agravante na segunda fase de fixação da pena.

No caso presente, constata-se devidamente comprovada a materialidade delitiva através da perícia tanatoscópica de fl.54, Exame em local do homicídio de fls.55/58, ilustrações fotográficas de fls. 59/63, Auto de Apresentação e Apreensão de fl.67.

No tocante à autoria, esta também resta inuvidosa, diante dos depoimentos testemunhais de fls. 104/105 e confissão dos apelantes às fls. 107/108 destes autos.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Passemos, portanto, à análise das razões recursais.

Nesse ponto, pugna a defesa pela redução da pena base, ao argumento de que não restaram devidamente analisadas as circunstâncias judiciais, bem como o juízo sentenciante incorreu em *bis in idem*, ao considerar a qualificadora constante do inciso IV na exasperação da pena base e ainda em desfavor dos apelantes.

Na sentença, o magistrado *a quo* ao analisar as circunstâncias judiciais do art.59 do CP consignou o seguinte:

Passo à análise do artigo 59 do Código Penal e à dosimetria da pena.

Com relação ao acusado AMARO MALAQUIAS DA SILVA:

A culpabilidade está comprovada e afere-se gravíssima, e tenho ainda a considerar que o acusado era ao tempo da infração maior de 18 anos, mentalmente capaz e sabia, ou deveria saber, da ilicitude da conduta adotada.

O sentenciado não possui antecedentes ou registros processuais.

Quanto à conduta social, é desfavorável consoante é possível aferir pelo contido às fls.13.

Com relação à personalidade, é desvirtuada e corroida, fora dos padrões de normalidade, demonstrando incompreensão de valores.

O motivo do crime foram conflitos familiares.

As consequências do crime foram gravíssimas.

Em relação ao comportamento da vítima, de nenhum modo contribuiu para a ocorrência do fato criminoso, vale salientar que esta foi surpreendida durante a noite no interior de sua residência.

As circunstâncias do delito revelam que o crime foi praticado de forma dolosa, com uso de arma de fogo. Sua ação deixou demonstrada insensibilidade à vida do semelhante.

Portanto, das oito circunstâncias judiciais nominadas, previstas no Art. 59 do Código Penal, sete são desfavoráveis ao sentenciado.

Diante da decisão condenatória do Conselho de Sentença e com amparo no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, atenta aos elementos norteadores do artigo 59 do mesmo diploma legal, fixo a pena-base em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Com o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da qualificadora do uso de recurso que dificultou, ou impossibilitou a defesa da vítima (inciso IV), elevo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, chegando agora à pena de 21 (vinte e um) anos de Reclusão, a qual reduzo em 1 (um) ano de reclusão, ante o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, tornando-a agora concreta e definitiva à minguia de causas de aumento ou de diminuição da pena.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Com relação ao acusado **LUZINETE MARIA PEREIRA**:

A culpabilidade está comprovada e afere-se gravíssima, e tenho ainda a considerar que a acusada era ao tempo da infração maior de 18 anos, mentalmente capaz e sabia, ou deveria saber, da ilicitude da conduta adotada.

A sentenciada é primária e sua conduta social não tem registro.

Com relação à personalidade, é desvirtuada e fora dos padrões.

O motivo do crime foram conflitos familiares.

As consequências do crime foram gravíssimas e o comportamento da vítima não concorreu para o crime, sendo surpreendida durante a noite em sua residência.

As circunstâncias do delito revelam que o crime foi praticado de forma dolosa, com uso de arma de fogo. Sua ação deixou demonstrada insensibilidade à vida do semelhante.

Portanto, das oito circunstâncias judiciais nominadas, previstas no Art. 59 do Código Penal, sete são desfavoráveis a sentenciada.

Diante da decisão condenatória do Conselho de Sentença e com amparo no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, atenta aos elementos norteadores do artigo 59 do mesmo diploma legal, fixo a pena-base em **18 (dezoito) anos de reclusão**.

Com o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da qualificadora do uso de recurso que dificultou, ou impossibilitou a defesa da vítima (inciso IV), elevo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, chegando agora à pena de **21 (vinte e um) anos de Reclusão**, a qual reduzo em 1 (um) ano de reclusão, ante o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, tornando-a agora concreta e definitiva à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Isto posto, condeno os acusados AMARO MALAQUIAS DA SILVA e LUZINETE MARIA PEREIRA a 20 (vinte) anos de reclusão, para cada um dos sentenciados." (fls. 188/190)

Da leitura da sentença atacada, observa-se que o juiz sentenciante considerou como desfavoráveis ao réu Amaro Malaquias da Silva a culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, consequências, comportamento da vítima e circunstâncias do crime, fixando a pena base em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Constata-se que o juízo *a quo*, ao proceder a análise da primeira fase da dosimetria, equivocou-se ao apreciar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.



246

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

Conforme previsto no artigo 121, § 2º do Código Penal, (homicídio qualificado) a pena em abstrato é de 12(doze) a 30(trinta) anos. No presente caso, o juízo primevo aumentou a pena base em 06 (seis) anos acima do mínimo legal, contudo, não fundamentou devidamente tal exasperação.

Seu reparo possibilitará a aplicação de sanção mais adequada, inclusive e notadamente para a eficácia da punição. As penas devem se adequar ao princípio da proporcionalidade de modo a se aquilatar a sanção estatal aos contornos objetivos e subjetivos da prática ilícita perpetrada.

Assim, entendo que a apreciação das circunstâncias judiciais dos apelantes Luzinete Maria Pereira e Amaro Malaquias da Silva merecem uma reanálise e explico o porquê.

A culpabilidade, compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta do agente, no presente caso, é normal para espécie, já que o réu não ultrapassou os limites estabelecidos pelo próprio legislador.

É que, a meu ver, a culpabilidade deve ser entendida como juízo de censurabilidade que recai sobre a conduta do acusado. Sobre o tema, leciona o ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

"A culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou de mediação da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. Por isso, constitui rematado equívoco, frequentemente cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que "o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia". Ora, essa acepção de culpabilidade funciona como fundamento da pena, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, caso contrário nem se teria chegado à condenação. Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal - na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação - pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura." (BITENCOURT, Cezar Roberto - Tratado de Direito Penal, Editora Saraiva, 13ª Edição).

In casu, repise-se, o M.M. Juiz de 1º grau ressaltou a culpabilidade do apelante, destacando: " *afere-se gravíssima, e tenho ainda a considerar que o acusado era*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

ao tempo da infração maior de 18 anos, mentalmente capaz e sabia, ou deveria saber, da ilicitude da conduta adotada". Todavia, da análise dos autos, verifico que ela se manteve nos limites daquela que é insita ao tipo penal em questão, não devendo, portanto, ser considerada em desfavor dele.

Já a conduta social deve ser entendida como o comportamento do réu em lugares em que costuma frequentar, seu trabalho e locais de lazer. E sua maneira de se portar perante seus parentes, amigos e vizinhos.

Diante disso, em que pese o magistrado sentenciante ter considerado a conduta social do acusado desfavorável em face do depoimento da testemunha Rosilda Maria Pereira, às fls. 12/14 dos autos, esta não foi ouvida em juízo, apesar de haver sido arrolada pelo órgão ministerial, portanto, não vislumbro nos autos quaisquer elementos que venham a maculá-la, e, por isso, entendo que ela não deve ser usada em seu desfavor.

Não existem nos autos elementos suficientes para aferição de sua personalidade pelo que não pode representar aumento na pena-base.

Ressalte-se que a personalidade do agente deve ser compreendida como um complexo das características individuais próprias que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito, sendo imprescindível para sua avaliação negativa uma fundamentação baseada em elementos concretos, o que não ocorreu no presente caso.

A propósito:

"EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE SOMENTE EM RELAÇÃO À GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. (...) II - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (Precedentes do STF e STJ). (...) IV - Ademais, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes). (...)." (STJ, HC 158936/MG, Rel. Min. Felix Fisher, j: 27/05/10).

Vale ressaltar que não se pode concluir ser desvirtuada e corroida a personalidade. Isso porque não há respaldo nos autos para tal entendimento.

Nesse sentido:



248

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

"EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (DUAS VEZES, EM CONCURSO FORMAL). DOSIMETRIA DA PENA. (...) CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS PARA SUA AVALIAÇÃO NEGATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DESPROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. (...) em relação à conduta social e à personalidade do agente, é preciso afastar a referência feita pelo Magistrado sentenciante às condenações transitadas em julgado que já serviram de base para o reconhecimento dos maus antecedentes e da reincidência, o que revela inegável bis in idem. (...)." (STJ, HC 104735/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j: 16/03/10).

Da mesma maneira, não são desfavoráveis os motivos do crime. Pedindo vênua ao juízo que se limitou a asseverar que o crime se deu em decorrência de conflitos familiares, não podendo tal circunstância ser analisada em desfavor do apelante.

Ora, a própria análise da douda sentenciante demonstra que as razões que levaram o apelante à prática dos crimes são inerentes ao tipo penal.

Outrossim, o exame negativo das consequências do delito, tida como **gravíssimas** e das circunstâncias, afirmando que o crime foi praticado de forma dolosa, não devem ser mantidos, vez que estas são próprias do crime de homicídio.

Por fim, em relação ao comportamento da vítima, a douda magistrada a considerou desfavorável, afirmando que "**a vítima não contribuiu para o crime**". Contudo, se o comportamento da vítima em nada influenciou para a ação delitiva, entendo que ele não abona, mas também não desabona o apelante, devendo ser entendido como irrelevante.

Logo, necessária a reforma da pena.

A pena base foi fixada pela d. Juíza **a quo** em 18 (dezoito) anos. Contudo, tendo em vista a reanálise das circunstâncias judiciais, entendo por fixá-la em 12 (doze) de reclusão.

Cumprе anotar que a fixação da pena-base acima do mínimo legal justifica-se em virtude das circunstâncias, conforme explanado pela d. Magistrada.

Observe que na segunda fase a magistrada considerou a agravante constante do artigo 61, inciso II, alínea "c", no que exasperou a pena em 03(três) anos. No entanto, percebe-se que a magistrada, ao fixar a pena base, levou em



249

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

consideração tal fato, ao fixar a pena base em 18 anos, posto que no homicídio qualificado, a pena em abstrato é de 12(doze) a 30(trinta) anos de reclusão.

Tem-se ainda que quando do julgamento, restou reconhecida apenas uma qualificadora, não podendo ser esta utilizada novamente como agravante do crime. Evidente, portanto, que a magistrada assim agindo, incorreu o *bis in idem*.

Apesar de haver o magistrado reduzido a pena em 01(um) ano, em face da confissão espontânea, na segunda fase da aplicação da pena, não há como realizar tal aplicação, vez que a pena base foi fixada no mínimo legal.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.

PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ABUSO DE CONFIANÇA. QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. ATENUANTE GENÉRICA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO. SÚMULA 231/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O processo sempre segue uma marcha tendente a um fim. Por isso, nele não cabem dois recursos de mesma natureza contra uma mesma decisão, conforme o princípio da unirrecorribilidade, porque "electa una via non datum regressus ad alteram".

2. O Eg. Tribunal "a quo", com base no acervo fático-probatório, entendeu configurada a qualificadora relativa ao abuso de confiança, não sendo cabível o pleito de desclassificação, fazendo incidir o óbice da Súmula 7, STJ a desconstituição de tal entendimento.

3. A teor da Súmula 231/STJ, fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea não pode reduzi-la aquém do mínimo previsto em lei.

3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar na via especial suposta violação à matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 461.486/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014)

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e de aumento, torno a pena definitiva em 12 (doze) anos de reclusão para cada um dos recorrentes.

Diante do exposto, em total consonância com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso defensivo, para fazer para, após a reanálise das circunstâncias judiciais, diminuir as penas impostas aos apelantes, fixando-as em **12 (doze) anos de reclusão.**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Antônio Carlos Alves da Silva

Av. Martins de Barros nº 593, Santo Antônio, Recife-PE – CEP: 50010-230. Tels.: (81) 3419-3672 / 3419.3742 (fax)

É como voto.

Recife, 18 de 06 de 2014.

Des. Antonio Carlos Alves da Silva
Revisor