



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000336851

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500294-40.2022.8.26.0605, da Comarca de Andradina, em que são apelantes REGINALDO GUERRA DA SILVA e AGUINALDO DA SILVA NASCIMENTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Afastaram a preliminar arguida e negaram provimento aos recursos defensivos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1500294-40.2022.8.26.0605

Apelantes: Reginaldo Guerra da Silva e Aguinaldo da Silva Nascimento

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 1ª Vara da Comarca de Andradina

MM. Juiz de Direito: Paulo Victor Alvares Gonçalves

Voto n. 12.488

HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL, EMPREGO DE MEIO CRUEL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. APELAÇÃO DAS DEFESAS. (1) PRELIMINAR DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE "NULIDADE DE ALGIBEIRA". (2) NULIDADE ANTERIOR À PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. (3) NATUREZA RESTRITIVA DO RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA A DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. (4) ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECURSO CARENTE DE FUNDAMENTOS APTOS À ANULAÇÃO DO JULGADO COMBATIDO. (5) SOBERANIA DOS VEREDICTOS. (6) PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. (7) MAUS ANTECEDENTES. (8) PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. (9) REINCIDÊNCIA. (10) INOCORRÊNCIA DE "BIS IN IDEM". (11) DESCABIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA. (12) SEMI-IMPUTABILIDADE DE UM DOS RÉUS. (13) REGIME PRISIONAL FECHADO ADEQUADO. (14) RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE DE UM DOS RÉUS. PENA DIMINUÍDA E SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA CONSISTENTE EM INTERNAÇÃO. (15) JUSTIÇA GRATUITA QUE DEVE SER APRECIADA NA FASE DE EXECUÇÃO. (16) AFASTAMENTO DA PRELIMINAR E DESPROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS.

1. Preliminar. Alegação de nulidade em razão da quebra da cadeia de custódia. Tendo em vista que a defesa não questionou, no momento oportuno, nulidade processual, é caso de se aplicar o art. 565, do Código de Processo Penal, que reza que "nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse", que consubstancia o "princípio do interesse" em sede de nulidades do processo penal. Inteligência da Doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. Ainda que superada essa questão, não há que se falar em quebra na cadeia de custódia, pois, daquilo que se aferiu das provas dos autos, notam-se presentes elementos probatórios que possibilitam a comprovação dos fatos narrados na denúncia, não havendo que se falar em quebra da cadeia de custódia ou prejuízo para o devido processo legal. Precedente do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

STF (Inq. 4.019-ED/AP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Segunda Turma – j. em 03/05/2016 – DJe de 01/06/2016). De toda a sorte, no caso concreto não houve demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, não se podendo falar na existência de nulidade processual, mesmo porque vigora no Direito Processual Penal pátrio o princípio "pas de nullité sans grief", pelo qual não se declara nulidade se desta não houver resultado prejuízo, concreto, para uma das partes. Precedentes do STF (HC 226.309-AgR/MT – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 03/05/2023 – DJe de 12/05/2023; HC 204.853-AgR/AC – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 18/04/2023 – DJe de 03/05/2023; Rcl 57.391-AgR-segundo/CE – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 02/03/2023; HC 221.838-AgR/PE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 06/02/2023; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; RHC 208.338-AgR/SP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 09/05/2022 – DJe de 29/06/2022 e HC 198.937-AgR/DF – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 18/12/2021 – DJe de 24/02/2022). A arguição, neste momento processual, de suposta nulidade ocorrida em etapa já superada do processo, com o escopo de anulação, trata-se de "nulidade de algibeira", que não é aceita pela jurisprudência pátria. Precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Rcl 46.835 AgR/RJ – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. 03/08/2021 – DJe 12/08/2021) e do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 787.595/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022).

2. Nulidade anterior à pronúncia. Impossibilidade. Recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri que possuem fundamentação vinculada, conforme o art. 593, III, do Código de Processo Penal. Descabe, neste momento processual, conhecer de nulidades anteriores à decisão de pronúncia, já preclusas. Entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 74.631 – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – 2ª T – j. 13/05/1997) e do Superior Tribunal de Justiça (HC 702.291/MG – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. 21/6/2022 – DJe 27/6/2022).

3. De plano, importa salientar que a apelação, em sede procedimental do Júri, tem natureza restritiva, seja quando interposta pela defesa seja quando manejada pelo Ministério Público. Com efeito, não devolve à Superior Instância o conhecimento integral da causa. Em outras palavras, prevalece, em casos tais, a vetusta cláusula: "tantum devolutum quantum appellatum". Portanto, o Tribunal "ad quem" deve limitar-se a apreciar os pedidos e fundamentos trazidos pelo recorrente, com vistas à modificação ou nulificação do julgamento profligado. Portanto, cumpre examinar os apelos interpostos apenas naquilo que foi objeto de irrisignação específica.

4. O Júri é soberano para escolher qualquer das vertentes probatórias ou interpretativas que lhe são trazidas à apreciação (ainda que se trate da diretriz minoritária ou menos verossímil). Apenas o julgamento sem amparo em nenhum elemento probatório enseja a possibilidade de sujeitar o réu, por mais uma vez, a novo julgamento popular (art. 593, III, "d", e §3º, do Código de Processo Penal). Suporte doutrinário (Guilherme de Souza Nucci e José Frederico Marques) e na jurisprudência do STF (ARE 1.280.954 AgR-

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

segundo/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. 23/11/2021, DJ 10/01/2022; HC 107.906/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Decisão Monocrática proferida com fundamento em questão que constitui "objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal", conforme art. 192, do RISTF – j. 08/04/2015).

5. Reconhecidas a materialidade e as autorias do crime contra a vida. Depois, reconhecidas as qualificadoras relativas ao motivo fútil, ao emprego de meio cruel e ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Reconhecida também a semi-imputabilidade de um dos réus. E os Jurados decidiram amparados em provas efetivamente constantes do caderno processual e válidas interpretações das mesmas, o que leva à necessidade da manutenção do decisório. Precedentes do STF (RHC 217.451 AgR/PE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 05/10/2022; HC 216.511 AgR/RJ – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. 29/08/2022 – DJe 31/08/2022; HC 217.316 AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. 22/08/2022 – DJe 24/08/2022).

6. Dosimetria da pena. Penas-base fixadas acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, das circunstâncias do crime e da culpabilidade elevada.

7. Como é cediço na jurisprudência, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Precedentes do STF (HC 211.324-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023; RE 1.402.758-AgR/SP Rel. Min. ROBERTO BARROSO Primeira Turma j. em 22/11/2022 DJe de 23/11/2022; HC 209.193-AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022) e do STJ (AgRg no HC 750.611/SP – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/2/2023; AgRg no HC 668.427/SP Rel. Min. Ribeiro Dantas Quinta Turma j. em 07/06/2022 DJe de 14/06/2022).

8. Havendo duas ou mais qualificadoras, é possível adotar uma delas para o fim de caracterizar o tipo penal qualificado e outra, ou outras, para exasperar a pena-base, ou para agravar a sanção penal, quando estiver contida no rol das agravantes genéricas do art. 61, do Código Penal. Amparo doutrinário (Guilherme de Souza Nucci) e jurisprudencial do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 233.571 AgR/SP – Rel. Min. CRISTIANO ZANIN – Primeira Turma – j. em 21/11/2023 – DJe de 30/11/2023; RHC 185.560 AgR/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 08/09/2020 – DJe de 16/09/2020) e do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 799.939/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 28/02/2023 – DJe de 06/03/2023).

9. Não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna. A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 453.000-RG/RS – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

10. Havendo condenações diversas, mediante sentenças transitadas em julgado, inexistência de violação ao princípio do "non bis in idem", se uma ou mais delas são tomadas para os fins de reconhecimento de maus antecedentes criminais, na primeira fase da dosimetria da pena

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(art. 59, "caput", do Código Penal) e outra ou outras diferentes são tomadas para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I, do Código Penal). Inteligência, ademais, da Súmula 241, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a Doutrina de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Guilherme de Souza Nucci, André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. Precedentes do STF (HC 215.998-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023; HC 202.516-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021; RHC 92.611/RJ – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013; RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013; RHC 110.727/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012 e HC 94.846/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

11. Circunstância atenuante nominada do art. 66, do Código Penal. Impossibilidade. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a circunstância atenuante prevista no art. 66, do Código Penal, somente pode ser reconhecida quando houver uma circunstância, não prevista expressamente em lei, que permita ao Magistrado verificar a ocorrência de um fato indicativo de uma menor culpabilidade do agente, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 2.321.892/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 27/06/2023 – DJe de 30/06/2023 e AgRg no REsp 1.966.376/SP – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 17/11/2022).

12. Terceira fase. Reconhecimento da semi-imputabilidade de um dos réus, que autoriza a diminuição da pena no patamar de 1/3 (um terço), o que se mostrou adequadamente fundamentado com base no laudo pericial e na sentença.

13. Regime prisional fechado, sobretudo à luz da quantidade de pena, dos maus antecedentes e das reincidências. Inteligência do art. 33, §2º, "a", do Código Penal.

14. Pena privativa de liberdade do réu Reginaldo Guerra diminuída em 1/3 (um terço) em razão da sua semi-imputabilidade, nos termos do art. 26, do Código Penal e posteriormente substituída pela medida de segurança consistente em internação, nos termos do art. 98, do Código Penal, tudo conforme o laudo pericial do exame de sanidade mental.

15. Justiça gratuita. O pedido defensivo, no sentido da concessão de gratuidade da justiça, deverá ser feito junto ao Juízo das Execuções Criminais. Entendimento do STJ (AgRg no AREsp 2.183.380/GO – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 06/12/2022 – DJe de 13/12/2022).

16. Afastamento da preliminar e desprovimento dos recursos defensivos.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VOTO

Aguinaldo da Silva Nascimento (vulgo "**Katrina**") e **Reginaldo Guerra da Silva** (vulgo "**Zóio**") foram denunciados como incurso no art. 121, §2º, II (motivo fútil), III (meio cruel) e IV (com recurso que impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal. Ao final, sufragando-se os veredictos do Tribunal do Júri, e reafirmando-se a decisão do Conselho Popular, os réus foram condenados, nos termos em que pronunciados (fls. 595/600), reconhecida para ambos a circunstância agravante da reincidência, nos termos seguintes:

a) Réu **Aguinaldo da Silva**: 29 (vinte e nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, regime fechado;

b) Réu **Reginaldo Guerra**: 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, regime fechado, reconhecida, para o réu, a incidência do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, ao depois substituída a pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, nos termos do art. 98, do Código Penal, pelo prazo mínimo de 03 (três) anos (fls. 983/994).

Apelou a defesa do réu **Reginaldo Guerra**, sustentando, em síntese: **(a)** a realização de um novo julgamento por suposta quebra da cadeia de custódia; **(b)** subsidiariamente, a redução da sua pena-base, considerando a sua semi-imputabilidade; **(c)** a aplicação da atenuante genérica do art. 66, do Código Penal; **(d)** a aplicação da causa de diminuição de pena no patamar máximo; **(e)** o deferimento da gratuidade judiciária (fls. 1.014/1.027).

Recorreu, também, a defesa do réu **Aguinaldo da Silva**, pleiteando, em síntese: **(a)** a realização de um novo julgamento por suposta quebra da cadeia de custódia e ausência de provas; e **(b)** subsidiariamente, a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

redução da sua pena-base (fls. 1.028/1.031).

Foram apresentadas contrarrazões do **Ministério Público**, pelo não conhecimento do recurso do réu **Aguinaldo da Silva** e, subsidiariamente, no mérito, pelo improvimento dos recursos defensivos (fls. 1.052/1.058).

A **Procuradoria Geral de Justiça** manifestou-se pelo desprovimento dos apelos defensivos (fls. 1.076/1.090).

É o relatório.

Afasto a nulidade arguida e nego provimento à apelação.

A uma, porque a nulidade referente à suposta quebra da cadeia de custódia, em razão do laudo pericial referente ao exame realizado na lâmina de barbear, que serviu como instrumento para a prática do crime, não ter indicado a presença de material genético dos réus é, na verdade, análise do próprio mérito da causa (fls. 557/560).

A duas, porque ainda que assim não fosse, no caso concreto, não há nulidade decorrente da quebra na cadeia de custódia. Independentemente do exame pericial realizado, que teve como objetivo a constatação da existência de material genético dos réus, notam-se presentes elementos probatórios que possibilitam a comprovação dos fatos narrados na denúncia, não havendo que se falar em prejuízo para o devido processo legal.

Explico.

Prevê o art. 154-A, "caput", do Código de Processo Penal:

"Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.".

A bem da verdade, o exame pericial realizado excluiu os réus como geradores do material genético encontrado na referida lâmina (fls. 557/560).

Além disso, as testemunhas arroladas pela acusação **André Luiz** (policial civil), **Antônio Marcos** (policial penal), **Ricardo Assis** (policial penal) e **Jefferson Costa**, ouvidas no Plenário, forneceram versões que imputam aos réus a materialidade e a autoria criminosa.

A propósito, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu pela inexistência da quebra de cadeia de custódia quando os elementos constantes dos autos permitirem a reconstrução histórica dos fatos (caso dos autos), a saber:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. QUESTÕES QUE, EMBORA ENFRENTADAS PELO RELATOR NA SESSÃO DE JULGAMENTO, NÃO CONSTARAM DO VOTO PUBLICADO NEM FORAM OBJETO DE TRANSCRIÇÃO. INQUÉRITO. DEFESA PRÉVIA. PRAZO. REABERTURA. INDEFERIMENTO. APRESENTAÇÃO DE NOVAS TESES DEFENSIVAS EM PETIÇÃO AVULSA ULTERIOR. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INOVAÇÃO. PRETENDIDA SUBMISSÃO A JULGAMENTO DE TESES NÃO SUSCITADAS TEMPESTIVAMENTE NA FASE PROCESSUAL ADEQUADA. DESCABIMENTO. ENFRENTAMENTO DE OFÍCIO DA MATÉRIA. POSSIBILIDADE. **CADEIA DE CUSTÓDIA PROBATÓRIA. QUEBRA. INEXISTÊNCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE PERMITEM A RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS FATOS QUE LASTREIAM A DENÚNCIA.** COMUNHÃO DA PROVA. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TENHA OCULTADO ELEMENTOS DE PROVA QUE PUDESSEM BENEFICIAR O INVESTIGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITO MODIFICATIVO.

[...]

5. Como os elementos que instruem os autos permitem a reconstrução histórica dos fatos que lastreiam a denúncia, não há que se falar em 'quebra da cadeia de custódia probatória'.

6. Não houve violação do princípio da comunhão da prova, uma vez

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que não há indícios de que o Ministério Público tenha ocultado elementos de prova que pudessem beneficiar o denunciado.

7. Embargos acolhidos para suprir a omissão, sem efeito modificativo."

(STF – Inq. 4.019-ED/AP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Segunda Turma – j. em 03/05/2016 – DJe de 01/06/2016).

No mais, o art. 565, do Código de Processo Penal, reza que *"nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse"*. Aliás, é sabido que um dos princípios das nulidades do processo penal é o do "interesse", o qual, nas lições **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES**, configura-se quando:

"Por isso mesmo, não se admite a propositura de qualquer ação sem que esteja presente o 'interesse de agir', consubstanciado na necessidade e adequação da tutela jurisdicional invocada; da mesma forma, fala-se em 'interesse de recorrer', para significar que a interposição de um recurso está subordinada à utilidade, para o recorrente, de um novo julgamento da causa.

Em matéria de nulidades, ocorre fenômeno semelhante: a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular, com sua consequente renovação, segundo o modelo legal, deve estar igualmente sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade.
[...]

Trata-se, com se percebe à primeira vista, de disposição relacionada às nulidades relativas, porquanto somente nestas o reconhecimento da invalidade depende de arguição do interessado; nas absolutas, o vício atinge o próprio interesse público, razão pela qual deve ser reconhecido pelo juiz, independentemente de provocação.

Assim, se a irregularidade resulta da preterição de formalidade instituída para garantia de uma determinada parte, somente este poderá invocar a nulidade, não sendo possível à outra fazê-lo por simples capricho."

(**As Nulidades no Processo Penal**, 11ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2009).

De toda a sorte, não houve demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa (lembrando que a realização de perícia complementar para a aferição da existência de material genético dos réus na referida lâmina excluiu os réus). Mesmo porque vigora no Direito Processual

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Penal pátrio o princípio "pas de nullité sans grief", pelo qual não se declara nulidade se desta não houver resultado prejuízo, concreto, para uma das partes. Aliás, o art. 563, do Código de Processo Penal, é expresso a esse respeito:

"Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."

Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se posicionou:

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 C/C ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. ALEGADA **NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO 'PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF'**. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO RECORRIDA. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A nulidade alegada pressupõe a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, sendo descabida a sua presunção, no afã de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional, bem como é vedado à defesa se valer de suposto prejuízo a que deu causa, nos termos do artigo 565 do Código do Processo Penal.

[...]

8. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 226.309-AgR/MT – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 03/05/2023 – DJe de 12/05/2023);

"AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. ALEGADA NULIDADE DECORRENTE DA CONDIÇÃO SIMULTÂNEA DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO E TESTEMUNHA DE DEFESA, EXERCIDA POR IRMÃO E REPRESENTANTE LEGAL DA VÍTIMA. APLICAÇÃO DO ART. 268 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO**. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

[...]

2. O reconhecimento de nulidade exige demonstração do prejuízo, de modo a não ser suficiente mera presunção (CPP, art. 563).

3. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 204.853-AgR/AC – **Rel. Min. NUNES MARQUES** –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Segunda Turma – j. em 18/04/2023 – DJe de 03/05/2023);

"CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA PARTE BENEFICIÁRIA DA DECISÃO RECLAMADA (ART. 989, III, DO CPC). **INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO.** OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **A parte não demonstrou a ocorrência do prejuízo alegado. Incide, portanto, a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief).**

[...]

5. Recurso de Agravo a que se nega provimento."

(STF – Rcl 57.391-AgR-segundo/CE – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 02/03/2023);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE.** JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. **A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o 'princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção'** (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux).

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 221.838-AgR/PE – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 06/02/2023).

De mais a mais, não cabe recurso de apelação contra as decisões do Tribunal do Júri quando houver nulidade anterior à decisão de pronúncia (art. 593, III, "a", do Código de Processo Penal).

No caso, as defesas suscitam nulidade referente a momento da investigação policial, qual seja, uma suposta quebra da cadeia de custódia em razão do laudo pericial, referente ao exame da lâmina de barbear utilizada como instrumento do crime, não ter indicado a presença de material genético dos réus. Frise-se que tanto a investigação policial quanto o referido laudo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pericial, lavrado em 26 de maio de 2023, ocorreram, por óbvio, antes da decisão de pronúncia, proferida em 10 de julho de 2023 (fls. 595/600).

Não bastasse, a defesa do réu **Reginaldo Guerra** atacou a decisão de pronúncia por meio de Recurso em Sentido Estrito (fls. 637/644), julgado por esta 3ª Câmara de Direito Criminal, em Acórdão de lavra do Desembargador Gilberto Cruz (fls. 707/713), deixando de tecer considerações sobre a questionada quebra da cadeia de custódia. Portanto, a questão está preclusa.

É cediço que as apelações contra as decisões proferidas no julgamento popular possuem fundamentação vinculada, isto é, devem ser adstritas às hipóteses do art. 593, III, do Código de Processo Penal, dentre as quais não se encontra a arguição pretendida.

Nesse sentido entende o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, §2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADO EXCESSO DE LINGUAGEM NA PRONÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECLUSÃO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

2. As nulidades processuais devem ser alegadas em momento oportuno, sob pena de preclusão. Precedentes: HC 219.034-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27/9/2022; HC 213.998-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 16/5/2022; HC 209.516-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 23/3/2022.

[...]

7. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 225.934 AgR/MG – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/04/2023 – 24/04/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OCORRIDA NO CURSO DA AÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIBILIDADE NO CASO SOB EXAME. **AS NULIDADES DOS PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI DEVEM SER ALEGADAS NOS PRAZOS A QUE SE REFERE O ART. 406 DO CPP.** INTELIGÊNCIA DO ART. 571, I, DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO (ART. 563 DO CPP). AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM DETERMINAÇÃO.

[...]

III – As nulidades da instrução criminal dos processos da competência do júri devem ser alegadas na primeira oportunidade a falar nos autos ou, conforme expressamente determinado no art. 571, I, do Código de Processo Penal, nos prazos a que se refere o art. 406 do mesmo Códex, sob pena de preclusão. Precedentes.

IV – O entendimento desta Suprema Corte é o de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Nesse sentido, o Tribunal tem reafirmado que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

V – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF – HC 173.302 AgR/CE – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 30/08/2019 – DJe de 04/09/2019);

“HABEAS CORPUS”. JÚRI. NULIDADES NÃO ALEGADAS OPORTUNAMENTE: PRECLUSÃO. ALEGAÇÕES FINAIS: PROCESSO DA COMPETÊNCIA DO JÚRI: NÃO SÃO INDISPENSÁVEIS. NOVO INTERROGATÓRIO: NÃO REALIZAÇÃO. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA: PREJULGAMENTO NÃO CONFIGURADO.

1. Cuidando-se de processo da competência do Júri as nulidades porventura verificadas durante a instrução criminal devem ser argüidas nos prazos a que se refere o art. 406, como dispõe o art. 571, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

2. Não tendo sido interposto recurso em sentido estrito, tem-se como sanadas pela preclusão as nulidades anteriores à pronúncia, as quais sequer foram argüidas em plenário.

3. As alegações finais em processo da competência do Júri não são indispensáveis. Precedentes.

4. O fato de o réu não haver sido submetido a novo interrogatório na fase da renovação da instrução não importa em prejuízo à defesa, tanto mais porque regularmente ouvido em plenário, ao ensejo da realização do segundo julgamento.

5. Não incorre em censurável prejulgamento ou de modo a influenciar os jurados a sentença desclassificatória que, ao justificar fundamentadamente tal decisão, discorre acerca da prova produzida e da adequabilidade jurídica.

6. Habeas corpus indeferido.”

(STF – HC 74.631/SP – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – Segunda Turma – j. 13/05/1997 – DJ 20/06/1997)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR INCONGRUÊNCIA ENTRE DENÚNCIA, PRONÚNCIA E SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. FATOS DESCRITOS NA INICIAL ACUSATÓRIA QUE SE COADUNAM PERFEITAMENTE COM A PRONÚNCIA E COM O VEREDICTO POPULAR. QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DO USO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA QUE SOMENTE PODEM SER AFASTADAS QUANDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES. PRECEDENTES. **NULIDADES ANTERIORES À PRONÚNCIA. PRECLUSÃO.** NULIDADE POR ESTAR A CONDENAÇÃO BASEADA EM "DEPOIMENTO MANIFESTAMENTE FALSO". NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DIVERGÊNCIA NOS VALORES DEVIDOS PELO AUTOR. IRRELEVÂNCIA. MOTIVAÇÃO FÚTIL QUE PERMANECE VÁLIDA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS QUE DEVE SER RESPEITADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE AUTORIZA A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
[...]

4. **Não há como conhecer no presente mandamus as teses de que a pronúncia deixou de prestar jurisdição ao não analisar a alegação de que o acusado estaria amparado por uma excludente de ilicitude e de que foi fundamentada em depoimento comprovadamente falso, pois tem relação com nulidades anteriores à sentença de pronúncia, cujo tema restou precluso ante a inexistência da interposição de recurso sobre esses pontos e diante do superveniente julgamento do paciente perante o Tribunal do Júri.**
[...]

8. Habeas corpus não conhecido."

(STJ – HC 702.291/MG – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. 21/6/2022 – DJe 27/6/2022)

Por fim, a arguição, neste momento processual, de nulidade ocorrida em etapa já superada do processo, com o escopo de anulação, caracteriza "nulidade de algibeira", que não é aceita pela jurisprudência pátria:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPEACHMENT DE GOVERNADOR DE ESTADO. RESPEITO AO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 1.079/1950. GARANTIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.
[...]

4. Inexistência de prejuízo. **A alegação de nulidade, após o esgotamento do trâmite processual, caracteriza-se como**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

“nulidade de algibeira”. Portanto, “embora tenha o direito de alegar a nulidade, mantém-se inerte durante longo período, deixando para exercer seu direito somente no momento em que melhor lhe convier, acaba por renunciar tacitamente ao seu direito de alegá-la. (...)”. Nessa quadra, também se revela incompatível com o princípio da boa-fé processual o reconhecimento de nulidades em qualquer momento processual, sem a possibilidade de se declarar a preclusão” (ACO 847 AgR-segundo, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2019).

5. Agravo regimental desprovido."

(STF – Rcl 46.835-AgR/RJ – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 03/08/2021 – DJe de 12/08/2021);

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. NULIDADE DO PROCESSO. JUNTADA DE PROVAS APÓS A SENTENÇA. PROVAS NÃO UTILIZADAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 2. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO ÍNSITO. NÃO VERIFICAÇÃO. PROVAS SEM APTIDÃO PARA DESCONSTITUIR A CONDENAÇÃO. 3. PEDIDO JÁ EXAMINADO E REFUTADO. PROCESSO COMO ENCADEAMENTO DE ATOS PRA FRENTE. 4. PLEITO QUE SE ASSEMELHA À NULIDADE DE ALGIBEIRA. ATITUDE NÃO ADMITIDA. OFENSA À BOA-FÉ E À LEALDADE PROCESSUAL. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. Cuidando-se de sentença condenatória proferida há mais de 15 anos, contra a qual já foi interposto o competente recurso de apelação, no qual se afirmou não haver nulidade na juntada tardia de provas não utilizadas, porquanto manifesta a ausência de prejuízo, recorde-se que a renovação da irresignação nesse momento processual pode ser igualmente considerada uma "nulidade de algibeira". "Observe-se que tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais" (AgRg no HC n. 732.642/SP, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe de 30/5/2022). Registre-se, por oportuno, que a boa-fé e a lealdade processual foram tratadas de forma objetiva e não subjetiva. Quer dizer que não se está a afirmar que o nobre causídico teve a intenção de agir de má-fé ou com deslealdade, mas apenas que a conduta adotada, ou seja, seu comportamento, de renovar a alegação de nulidade já refutada há 15 anos, não se coaduna com o que se espera, em regra, dos atores processuais.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no HC 787.595/RS – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – Quinta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022).

Portanto, afasto a nulidade arguida.

Embora as defesas não tenham explicitamente manifestado o pedido de novo julgamento por contrariedade à prova dos autos, conheço dos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

recursos por este fundamento, a fim de evitar futura arguição de nulidade, certo que nas razões de apelação foi manifestado o inconformismo com a tese acusatória acolhida pelo Conselho de Sentença.

No mérito, nego provimento aos recursos defensivos.

Os réus **Aguinaldo da Silva Nascimento** (vulgo "**Katrina**") e **Reginaldo Guerra da Silva** (vulgo "**Zóio**") foram denunciados e pronunciados como incurso no art. 121, §2º, II (motivo fútil), III (meio cruel) e IV (com recurso que impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal, nos termos seguintes:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 07 de outubro de 2022, por volta das 05h55min, na Penitenciária de Andradina, localizada na Avenida Salvador Louverdi, nesta cidade e comarca de Andradina, AGUINALDO DA SILVA NASCIMENTO, vulgo "Katrina", qualificado às fls. 07 e REGINALDO GUERRA DA SILVA, vulgo "Zóio", qualificado às fls. 12/13, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos, com inequívoca intenção homicida, por motivo fútil, meio cruel e valendo-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, mataram Roberto Aprigio, conforme laudo de exame necroscópico a ser posteriormente juntado.

É dos autos que a vítima habitava a cela 1 do Pavilhão de inclusão e, na manhã do dia anterior aos fatos, a testemunha Jefferson foi transferida para o local. À noite, após a contagem, também foram transferidos para a cela os denunciados. "Katrina" chegou na cela bem agitado, alegando que havia brigado com sua "bicha" no outro raio e pediu para ser transferido para não fazer "besteira". A vítima, que não conseguia dormir em virtude das conversas de AGUINALDO acabou reclamando com ele, xingando-o de "puto", o que, segundo a testemunha Jefferson, não é aceito pelas "bichas da prisão", razão pela qual houve um "bate boca" entre "Katrina" e a vítima.

"Zóio" se levantou e acendeu as luzes e, nesse momento, "Katrina" partiu pra cima de Roberto, que estava deitado, desferindo nele diversos socos no rosto. Nesse momento, a testemunha Jefferson e "Zóio" pediram para "Katrina" parar com as agressões e ele parou.

Todos voltaram para seus colchões, mas as luzes permaneceram acesas pelo receio de ocorrer nova agressão, porém ninguém mais conseguiu dormir.

Já estava amanhecendo quando a vítima novamente chamou "Katrina" de "puto" e, nesse momento, "Katrina" e "Zóio" se levantaram e "Katrina" segurou a vítima por trás, com as duas mãos em seu pescoço e começou a esganá-la, enquanto "Zóio" desferia muitos socos e chutes em Roberto, atingindo-o na região do estômago, rosto e pescoço.

Durante o embate, Roberto conseguiu se soltar de "Katrina" e correu para a porta para chamar socorro, mas "Katrina" novamente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

conseguiu agarrá-lo por trás e o jogou no chão e, na queda, Roberto bateu com o lado esquerdo do rosto no solo, desmaiando. “Katrina” então, com ânimo homicida, pegou uma lâmina de barbear e fez um corte profundo na garganta da vítima, enquanto “Zóio” fazia riscos com outra lâmina na barriga dela.

Com o sinal da contagem, os denunciados pararam as agressões, mas “Katrina” ainda pegou um pedaço de papel higiênico e passou no sangue de Roberto e, em seguida, escreveu “Katrina” na parede dos fundos da cela.

“Zóio” e “Katrina” pegaram o corpo da vítima e colocaram sobre o colchão do canto da cela e cobriram com uma manta, deixando apenas os pés de Roberto descobertos.

Consta que nos dois momentos em que a vítima foi agredida, ela não conseguiu reagir e não agrediu “Zóio” ou “Katrina”.

Na hora da contagem o policial penal percebeu que faltava um preso e entrou na cela, constatando que a vítima estava morta.

De acordo com o laudo de exame de corpo de delito do denunciado Reginaldo, este apresentou lesões compatíveis com as agressões perpetradas em face da vítima.

As fotografias de fls. 37/38 demonstram que o denunciado Aguinaldo realmente foi quem escreveu “Katrina” com o sangue da vítima na parede, considerando sua altura. Nota-se das fotografias de fls. 39/42 que os outros sentenciados possuem estatura muito menor, não alcançando o local onde foi escrito o nome.

O delito foi praticado por motivo fútil, eis que os denunciados apenas mataram a vítima em virtude desta ter xingado Aguinaldo de “puto”, motivo este totalmente desproporcional à conduta homicida desenvolvida.

Não há dúvidas, igualmente, de que o crime foi cometido com emprego de meio cruel. Consta dos autos que, enquanto o denunciado AGUINALDO segurava a vítima pelo pescoço, esganando-a, o denunciado REGINALDO desferia vários socos nela. Quando a vítima finalmente conseguiu se desvencilhar, foi pega novamente por AGUINALDO, o qual a jogou com tanta força no chão que a fez bater com a cabeça ao solo e desmaiar, tendo, após, sido cortado seu pescoço e barriga, provocando nela sofrimento atroz e desnecessário.

Os denunciados se valeram de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois as surpreenderam em superioridade numérica, dentro de uma cela, de modo que ela não tinha para onde correr, posto que desarmada e totalmente indefesa.

Ante o exposto, o Ministério Público oferece denúncia contra AGUINALDO DA SILVA NASCIMENTO, vulgo “Katrina” e REGINALDO GUERRA DA SILVA, vulgo “Zóio”, como incursos no artigo 121, §2º, incisos II, III (meio cruel) e IV, do Código Penal. Nestes termos, requer que, recebida e autuada esta, sejam os denunciados citados e intimados para apresentação de resposta à acusação e demais atos processuais, nos termos dos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal, para, ao final, serem pronunciados por Vossa Excelência e condenados pelo Egrégio Tribunal do Júri, ouvindo-se no curso da instrução processual as testemunhas abaixo arroladas. [...]”. (fls. 309/311).

"É o relato do necessário. Fundamento e DECIDO.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Inexistem nulidades ou irregularidades a serem sanadas. O feito tramitou regularmente. Não foram arguidas preliminares ou questões prejudiciais aptas a impedir o prosseguimento da marcha processual, razão pela qual passo à análise do mérito da lide.

Sabe-se que a pronúncia é decisão declaratória que decide tão somente pela admissibilidade da acusação e pelo consequente julgamento do crime doloso contra a vida por seu juiz natural previsto constitucionalmente, o júri popular (art. 5º, XXXVIII, 'd' da Constituição da República). Para sua prolação, deve estar provada a existência do crime (materialidade do fato) e deve haver indícios suficientes de autoria. Ainda, não podem estar presentes causas manifestas de exclusão do crime.

Para tal juízo de admissibilidade, cabe ao juiz tão somente uma análise superficial da prova, sem qualquer exame definitivo sobre a responsabilidade criminal do acusado, procedendo-se à indicação dos elementos mínimos que justificam o acolhimento da acusação inicialmente formulada, para que em Plenário os jurados possam livremente decidir a questão.

Na hipótese dos autos, imputa-se aos acusados a prática do delito de homicídio consumado qualificado por motivo fútil, meio cruel e recurso que dificultou a defesa do ofendido.

Após detida análise de todos os elementos de prova trazidos aos autos e devidamente sopesadas as alegações das partes, a pronúncia do acusado REGINALDO GUERRA DA SILVA e AGUINALDO DA SILVA NASCIMENTO é medida que se impõe, pela presença dos requisitos previstos no art. 413 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a materialidade ("existência do crime") foi devidamente comprovada pelo APF de fl. 01, boletim de ocorrência de fls. 17/19, laudo pericial de fls. 358/360, termo de depoimento de fl. 04, fotografias de fls. 43/44, além das demais provas orais colhidas ao longo da fase inquisitiva e judicial.

Do mesmo modo, vislumbra-se a existência de indícios suficientes de autoria em relação ao acusado. Vejamos:

A prova oral, produzida sob o crivo do contraditório, foi no seguinte sentido:

André Luiz Gossler de Moura, Policial Civil narrou que compareceu à cela onde ocorreram os fatos. Na cela, os outros três presos já haviam sido isolados e estava apenas a vítima, caída, deitada em um colchão. Deu para notar bastante lesões no rosto, um corte na garganta, e um corte na parte de trás da cabeça. A cela estava bastante suja de sangue. Havia uma palavra escrita, bem alta, escrita como "Katrina". Inicialmente Jefferson assumiu os fatos, mas as versões eram conflitantes. Aguinaldo e Reginaldo acusavam Jefferson e falaram que não se envolveram pois era briga de cadeia; entretanto, cada um descreveu o homicídio de uma forma diferente. Em conversa com Jefferson, ele falou que havia sido coagido e ameaçado a assumir a autoria e contou o que ocorreu. Falou que chegou na cela no mesmo dia pela manhã, e à tarde, chegaram os réus. Aguinaldo chegou bastante agitado, o que causou desconforto na vítima. Houve discussão no início da noite, entre Aguinaldo e Roberto e Aguinaldo até teria ido para cima, dando socos no Roberto, tendo Reginaldo e Jefferson pedindo para parar. Depois disso, ninguém mais dormiu. Próximo ao amanhecer, o Roberto incomodado por não ter dormindo, xingou Aguinaldo de "puto", sendo que este foi para cima de Roberto e o segurou, e Reginaldo passou a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

desferir socos e chutes na vítima. Roberto foi jogado ao chão e ficou inconsciente. Aguinaldo pegou uma lâmina de barbear e fez um corte na garganta da vítima. Depois, Aguinaldo teria pego um papel higiênico e escrito a palavra "Katrina" na parede da sala. Reginaldo disse que Jefferson teria estrangulado a vítima com um lençol, inclusive ouvindo o estalo do pescoço. Aguinaldo disse que Jefferson agrediu a vítima até ela ficar inconsciente e depois pegou a lâmina e cortou. Concluíram que a versão do Jefferson era mais condizente com a verdade, pois os demais, ora réus, descreveram a cena de forma distinta. A inscrição na parede só poderia ter sido feita por Aguinaldo, por sua altura e também porque Jefferson é semianalfabeto. Depois, averiguou o significado de "Katrina", o qual diz respeito a uma deusa da morte, ilustrado pelo rosto de uma mulher com figuras como caveiras e demônios, e o Aguinaldo tem uma tatuagem desta nas costas. No dia, Aguinaldo disse que era homossexual, e que um dos nomes sociais que utiliza é "Catarina", próximo de "Katrina". Acompanhou o exame de corpo de delito no IML e o Reginaldo, que foi quem agrediu com socos e chutes, apresentava equimoses nos braços, compatíveis com quem teria desferido as agressões. Tudo isto levou à conclusão de que Aguinaldo e Reginaldo praticaram o crime. Notaram preocupação de Aguinaldo em não ser responsabilizado, pois conseguiria progredir ao semiaberto, o que se compatibiliza com a versão de Jefferson, de que fora coagido a assumir o crime pelos demais corréus. Viu a lâmina de barbear apenas no laudo, pois o perito já havia retirado o objeto, que estava no pescoço da vítima.

O policial penal Ricardo Assis Macerau narrou que apenas que fizeram a contagem no período da manhã; quando chegou na cela 1, apenas 3 se apresentaram e um deles ficou no chão. Ele estava no ponto cego e não se mexia. Pediu para os demais acordarem o preso, sendo que um deles, Jefferson, respondeu que ele estava dopado e não acordaria mais. Foi até o diretor de segurança e informou que um dos presos não se apresentou. Voltou, para insistir que ele se levantasse. Quando chegou, Jefferson informou que ele estaria morto. Foi novamente ao diretor de segurança para levar a informação. Junto aos demais agentes, retiraram os 3 sentenciados que estavam no local e verificaram que o outro estava morto, com um corte no pescoço.

Antônio Marcos Luiz Leite relatou que é diretor do núcleo de segurança. O funcionário Ricardo, incumbido de fazer a contagem, foi à sua sala dizendo que um dos sentenciados não havia dado o sinal durante a contagem. Pediu para ele retornar e confirmar o sinal do preso para verificar a situação. Quando retornou, um dos sentenciados, confirmou o falecimento. Separaram os três indivíduos e preservaram o local.

Jefferson Costa da Silva, testemunha contou que antes de ir para a cela 1, estava na cela 3. Estava na cela com o rapaz que morreu, e estava tudo normal, conversaram "de boa". Quando foi mais ou menos umas 11 horas da noite, o rapaz que morreu levantou algo do passado do Aguinaldo e chamou ele de "Puto" e ele não gostou. "Puto" é uma palavra muito forte, que não é usada no meio das "bichas". Nisso, começou uma discussão e uma agressão. Entrou no meio para tentar separar. Meia hora depois conseguiu apaziguar a briga. Quando foi mais ou menos umas duas horas da manhã, chegando perto da troca de plantão, o rapaz novamente chamou o Aguinaldo de puto. Aguinaldo jogou o rapaz no chão, deu um monte

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de chute e soco, pegou uma lâmina e abriu a garganta dele. O outro réu, Reginaldo, deu socos na vítima enquanto "Katrina" o segurava. Confirmou que na hora foi ameaçado pelos demais réus para assumir a prática do crime. Após a contagem feita pelo policial penal, o Aguinaldo falou para "segurar o BO" se não o depoente seria morto também. A luz da cela estava acesa, foi o próprio depoente que acendeu a luz.

Interrogado, o acusado Reginaldo optou pelo silêncio.

Interrogado, Aguinaldo negou os fatos. Disse que houve uma discussão entre Jefferson (Paula) e a vítima Roberto, sendo que Paula agrediu Roberto e com um lençol o estrangulou. Depois, Paula cortou seu pescoço.

Da já anunciada análise inicial das provas, constata-se a presença dos elementos autorizadores da pronúncia: materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

É dos autos que todos os envolvidos (vítima, acusados e também a testemunha Jefferson) haviam sido transferidos recentemente, naquele mesmo dia, à cela onde a morte da vítima se deu.

As versões trazidas pelas testemunhas, secundadas pelos elementos periciais, dão suporte suficiente à tese acusatória, permitindo então que o caso seja levado a julgamento pelo

Tribunal do Júri, o qual deve decidir se os réus praticaram o fato imputado e se devem ou não ser responsabilizados.

Apesar do laudo pericial constar ter ocorrido asfixia mecânica, entendo que os fatos devem ser deliberados pelo juiz natural. Dificilmente teriam sido praticados apenas por uma pessoa. Note-se que houve inscrição na parede sem devido esclarecimento. Todavia, o réu Aguinaldo confirmou o nome social semelhante à inscrição, bem como o fato de ter uma tatuagem de idêntico teor.

Registre-se, outrossim, que a exclusão de qualificadoras constantes na pronúncia só pode ocorrer quando manifestamente improcedentes e descabidas, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri (Nesse sentido: AgRg no REsp 1618955/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/12/2016, DJE 14/12/2016; HC 360541/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 13/12/2016, DJE 19/12/2016; HC 255974/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 01/09/2016, DJE 12/09/2016).

No caso, não existem razões para o afastamento, sendo que as qualificadoras de motivo fútil, meio cruel e recurso que dificultou à defesa da vítima mostram-se razoáveis ao contexto fático narrado e às provas inicialmente produzidas, permitindo então submissão a julgamento pelo Júri.

Assim, considerando a prova oral e pericial, a materialidade devidamente estampada nos autos, assim como as evidências de possível participação dos dois agentes, a melhor solução é pela pronúncia, conforme jurisprudência pacífica do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Diante de todo o exposto e por tudo mais que dos autos conta, PRONUNCIO os acusados REGINALDO GUERRA DA SILVA e AGUINALDO DA SILVA NASCIMENTO, com a devida qualificação nos autos, para que sejam submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, como incurso no crime de homicídio triplamente qualificado, tipificado no Art. 121 §2º, II, III, IV do CP.

Denego aos acusados o direito de recorrer em liberdade, eis que ainda presentes os requisitos do artigo 312 e 313 do Código Penal.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Vale a presente como decisão de reanálise da necessidade da prisão preventiva, na forma do CPP 316.

Preclusa a decisão de pronúncia, encaminhe-se o processo ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri, nos termos do art. 421 do Código de Processo Penal.

Anoto que já há exame pericial agendado para o dia 11 de agosto de 2023 nos autos em apenso, cujo incidente deve seguir até a apresentação de laudo pericial para eventual tese defensiva em Plenário." (fls. 596/600).

Pois bem.

De plano, importa salientar que a apelação, em sede procedimental do Júri, tem natureza restritiva, seja quando interposta pela defesa seja quando manejada pelo Ministério Público. Com efeito, não devolve à Superior Instância o conhecimento integral da causa. Em outras palavras, prevalece, em casos tais, a vetusta cláusula: "*tantum devolutum quantum appellatum*". Portanto, o Tribunal "*ad quem*" deve limitar-se a apreciar os pedidos e fundamentos trazidos pelos recorrentes, com vistas à modificação ou nulificação do julgamento profligado. Não por outra razão, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL editou a Súmula 713, em que assentou: "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*". Dentro dessa perspectiva, entende-se que estão bem definidos os limites para a cognição do presente recurso.

No mérito, uma premissa deve, desde logo, ser bem definida: a valoração do conjunto probatório, em sede de julgamento em Plenário do Júri, compete aos Jurados. Não importa que tal decisão seja contrária à convicção íntima do advogado de defesa, do Promotor de Justiça, do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, ou mesmo dos membros do Tribunal de Justiça competente para julgar a apelação contra a decisão dos Juízes do Povo. Apenas situações excepcionais justificam a anulação do julgamento com fulcro na contrariedade à prova dos autos. E assim o é por expressa diretriz da nossa Lei Maior, que é a fonte direta de todos os poderes constituídos, inclusive do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Judiciário. A soberania dos veredictos foi erigida à categoria de direito fundamental, cláusula pétrea, garantia inquebrantável da sociedade e dos cidadãos submetidos à persecução penal em matéria de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição da República).

Nesse sentido, assinala o doutrinador e Desembargador bandeirante **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

"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. 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."
(**Tribunal do Júri**, 5ª ed., Forense, 2014).

Em idêntica toada, a lição do notável jurista **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, que também muito engrandeceu este Tribunal de Justiça:

"Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova, que autoriza a cassação do veredicto: unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontre na prova dos autos é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifique o veredicto, deve este ser mantido, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser 'manifestamente contrária à prova dos autos'."
(**Elementos de direito processual penal**, 2ª ed., vol. IV, Campinas, Millennium, 2000).

Esse, igualmente, é o entendimento mais do que assentado no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. **TRIBUNAL DO JÚRI. EXISTÊNCIAS DE DUAS TESES POSSÍVEIS.** ACOLHIMENTO DA TESE DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF/88). AGRAVO DESPROVIDO.
1. O caso dos autos demonstrou a existência de duas teses: uma articulada pela defesa, desenvolvida no sentido da negativa de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

autoria do crime; e outra formulada pela acusação, que não restou acolhida pela decisão de absolvição proferida pelo Conselho de Sentença.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, seja qual for a tese escolhida, havendo um mínimo lastro probatório, ainda que haja divergência entre as provas, deve prevalecer o entendimento do júri, porquanto “A decisão do júri somente comportará reforma, em sede recursal (CPP, art. 593, III, “d”), se não tiver suporte em base empírica produzida nos autos, pois, se o veredicto do Conselho de Sentença refletir a opção dos jurados por uma das versões constantes do processo, ainda que ela não pareça a mais acertada ao Tribunal “ad quem”, mesmo assim a instância superior terá que a respeitar” (HC 107.906/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 13.04.2015). Precedentes.

3. Como se observa da leitura dos fundamentos constantes no acórdão do Tribunal local, não se trata de demonstrar a mera implausibilidade da tese defensiva, mas a de atestar sua impertinência absoluta, tendo em vista que a valoração da força probante da versão defensiva é tema que integra o juízo próprio e exclusivo do Tribunal do Júri, não cabendo ao Tribunal de apelação se apropriar de competência constitucionalmente atribuída ao Conselho de Sentença, sob pena de violação à garantia da soberania de veredicto (art. 5º, XXXVIII, c e d, CF/88). 4. Agravo Regimental desprovido.”

(STF – ARE 1.280.954 AgR-segundo/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. 23/11/2021, DJ 10/01/2022);

“JÚRI. EXISTÊNCIA DE TESES ANTAGÔNICAS. OPÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA POR UMA DAS VERSÕES. JURADOS QUE SE MANIFESTAM COM APOIO EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS. LEGITIMIDADE DESSA OPÇÃO. ABSOLVIÇÃO PENAL DO RÉU. REFORMA DO VEREDICTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE O CONSIDEROU MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS (CPP, ART. 593, III, 'd'). OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI (CF, ART. 5º, XXXVIII, 'c'). PRECEDENTES. 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO PARA RESTABELECEER A DECISÃO ABSOLUTÓRIA PROFERIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA.

O julgamento efetuado pelo Conselho de Sentença realiza-se sob a égide do sistema da íntima convicção (RTJ 132/307), que, além de dispensar qualquer fundamentação, acha-se constitucionalmente resguardado tanto pelo sigilo das votações quanto pela soberania dos veredictos (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, 'b' e 'c').

Embora ampla a liberdade de julgar reconhecida aos jurados, estes somente podem decidir com apoio nos elementos probatórios produzidos nos autos, a significar que, havendo duas ou mais teses ou versões, cada qual apoiada em elementos próprios de informação existentes no processo, torna-se lícito ao Conselho de Sentença, presente esse contexto, optar por qualquer delas, sem que se possa imputar a essa decisão dos jurados a ocorrência de contrariedade manifesta à prova dos autos.

A decisão do júri somente comportará reforma, em sede recursal (CPP, art. 593, III, 'd'), se não tiver suporte em base empírica produzida nos autos, pois, se o veredicto do Conselho

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de Sentença refletir a opção dos jurados por uma das versões constantes do processo, ainda que ela não pareça a mais acertada ao Tribunal 'ad quem', mesmo assim a instância superior terá que a respeitar. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral."

(STF – HC 107.906/SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO – Decisão Monocrática proferida com fundamento em questão que constitui "objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal", conforme art. 192, do RISTF – j. 08/04/2015).

Consideradas essas premissas, verifica-se que, no caso em julgamento, a decisão recorrida não merece reparos.

O denso acervo probatório dos autos deve ser atentamente examinado, não para o fim de se identificar elementos aptos a colocar em xeque a tese acolhida pelos senhores Jurados (o que, talvez, até seria possível fazer), mas, ao contrário, apenas para verificar se existe algum suporte, mínimo, a respaldar a decisão por eles acolhida (única tarefa que incumbe a esta Corte revisora fazer).

E, no caso, penso haver esse suporte fático-probatório suficiente para justificar a manutenção da decisão do Tribunal Popular, em todos os seus aspectos.

Explico.

No caso concreto, a decisão tomada pelos senhores Jurados encontrou, em maior ou menor grau, algum respaldo nas provas coligidas, certo que, a despeito das ponderações trazidas pelo recorrente, não se pode falar em decisão **manifestamente** contrária à prova dos autos, isto é, sem nenhum subsídio nos elementos probatórios que foram trazidos à apreciação.

Cada pessoa, ao examinar os autos do caso em julgamento, decerto poderá formular a sua própria opinião, seja em prol do reconhecimento ou negativa da autoria ou materialidade do crime, seja no

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sentido de identificar ou afastar alguma qualificadora, por exemplo. Em verdade, nenhuma dessas interpretações seria de todo absurda.

Entretanto, somente sete pessoas foram investidas da competência constitucional de declarar qual a opinião que deveria prevalecer. À evidência, fala-se aqui dos Jurados que compuseram o Tribunal do Júri, Juiz Natural desta causa.

Não se pode, assim, buscar o reconhecimento, pelo Juiz-presidente ou pelo Tribunal "ad quem" da tese de desclassificação do crime ou da cooperação dolosamente distinta. Tal decisão, como dito, compete aos Jurados.

Somente situações excepcionalíssimas poderiam implicar a anulação do julgamento, com ordem para a realização de outro. Não é o que se verifica "in casu".

Passo a pontuar os principais elementos probatórios dos autos.

A bem da verdade, incontroverso nos autos apenas que a vítima **Roberto Aprígio** morreu em razão de asfixia mecânica provocada por agente constritor e contundente, conforme o respectivo laudo necroscópico (fls. 323/325).

No mais, a prova oral produzida no Plenário do Tribunal do Júri também permitia que o Conselho de Sentença reconhecesse a materialidade e a autoria criminosa do réu. Conforme expôs a Procuradoria-Geral de Justiça no seu Parecer:

"O réu REGINALDO optou pelo silêncio.
O réu AGUINALDO buscou safar-se da imputação, atribuindo a conduta homicida a Jeferson, que cumpria pena na mesma cela. Disse que estava morando no pavilhão 1 e estava conversando com

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

a representante da cela e preferiu sair da cela, com o objetivo de ir para o pavilhão de seguro, mas o colocaram juntamente com REGINALDO no seguro. Na inclusão estavam além dele e REGINALDO, um rapaz que ele conhece como Paula e a vítima. Disse que Paula falou que já não estava se dando bem com Roberto, pois ele tinha um distúrbio, era “meio doidinho”. Por volta das 22h teve uma discussão e empurrões entre Paula e Roberto. Disse que depois foram dormir. Dormiram os três juntos e a vítima dormiu no fundo da cela. Na madrugada acordou com gente discutindo e um pisoteio sobre ele, a luz estava apagada. Disse que empurrou com o pé e as duas pessoas foram para o fundo da cela. Ascendeu a luz, viu que o rapaz de óculos tinha passado a rasteira no que morreu e estava dando joelhadas na boca da vítima. Nesse momento a vítima desmaiou. Paula então mexeu na bolsa, pegou um aparelho de barbear, oportunidade em que o declarante interveio. Não foi separar abriga, apenas falou pediu a Paula que não fizesse aquilo, pois já estava com benefício montado. Disse a ela que se fizesse algo que assumisse e ela disse que assumiria. Quando olhou para trás viu Paula com um lençol no pescoço da vítima e depois escutou um barulho, não sabe se era o pescoço da vítima quebrando. Depois Paula cortou o pescoço do rapaz. Depois Paula chamou o guarda e disse que a vítima estava morta e assumiu tê-la matado sozinha. Disse que atende como Katarina, Aline ou Gui. Disse que não viu quem escreveu seu nome com sangue na parede. Disse que nem ele e nem REGINALDO mataram a vítima. Disse que a Paula se apresentou completamente diferente na audiência do que ele a conhecia. Disse que viu Paula cortar a garganta da vítima. O barulho feito parecia o pescoço da vítima quebrando, mas depois sentiu um cheiro forte, então não sabe se o barulho feito foi da vítima defecando. Disse que Paula é problemática e vive arrumando confusão por onde passa. A negativa, entretanto, não resiste ao confronto com seguros elementos de convicção amealhados. Aliás, não se coaduna com o exame médico-legal realizado em REGINALDO, que registrou lesões compatíveis com as agressões por ele perpetradas contra a vítima Roberto.

O Policial Civil André Luiz Gossler de Moura esclareceu que foi atender a ocorrência e, chegando ao local, foram levados até a cela onde ocorreram os fatos. Na cela só estava o corpo da vítima caído no chão, os outros presos já haviam sido retirados. A perícia chegou primeiro. Perceberam muitas lesões no rosto da vítima, proveniente de pancadas, um corte da garganta e um corte na parte de trás da cabeça. A cela estava suja de sangue e viu uma palavra escrita na parede com sangue. Disse que Jefferson assumiu a autoria. As versões dos outros presos eram conflitantes, mas AGUINALDO e REGINALDO imputavam a JEFFERSON a autoria do delito. Os dois disseram que apenas assistiram a cena, porém cada um descreveu o homicídio de uma forma diferente. Depois conversaram com Jefferson, o qual disse que havia sido coagido a assumir o delito. Jefferson disse que já estava convivendo com a vítima desde a manhã e a convivência entre eles estava pacífica até a chegada dos réus, que se deu depois das 18h. Jefferson falou que REGINALDO já estava muito agitado pois já havia discutido na cela onde estava, o que importunou Roberto. Houve uma discussão no início da noite entre eles, até chegaram a agressões. Disse que naquela noite ninguém dormiu. No início da manhã, Roberto, incomodado por não ter conseguido dormir, xingou AGUINALDO e ele não gostou e então

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

foi para cima de Roberto. Nisso REGINALDO também se levantou e passou a dar socos e chutes em Roberto. Disse que Roberto conseguiu se desvencilhar, mas AGUINALDO foi atrás e conseguiu pegá-lo novamente e jogou-o contra o chão, oportunidade em que Roberto bateu com a cabeça no chão e ficou inconsciente. AGUINALDO pegou uma lâmina do prestobarba e fez um corte na garganta da vítima. Após, AGUINALDO pegou um papel higiênico, molhou no sangue e escreveu aquela palavra “Katrina”, na parede da cela. O REGINALDO disse que apenas assistiu uma discussão entre Jefferson e a vítima e Jefferson utilizou um lençol para estrangular a vítima e até teria ouvido um estalo de pescoço quebrando. AGUINALDO também disse que tinha ocorrido uma briga entre Jefferson e a vítima e Jefferson tinha conseguido dar uma rasteira em Roberto, que caiu no chão, bateu a cabeça e Jefferson continuou dando socos na vítima. Após perceber que a vítima estava inconsciente então Jefferson pegou uma lâmina e cortou o pescoço dela. Analisando as versões e a cena do crime concluíram que a versão do Jefferson era condizente com a verdade. Disse que o único na cela que tinha estatura para fazer aquela escrita na cela era AGUINALDO. Ressaltou que Jefferson é quase analfabeto, mal consegue escrever o nome. O depoente viu a caligrafia dele na assinatura do depoimento e não é compatível com a letra do nome escrito na parede. Foi ver o significado de “Katrina” e viu que significava “Deusa da Morte”. Na internet, viu que “Deusa da Morte” é o rosto de uma mulher e em torno dela havia outras figuras, caveiras, demônios, sendo que essas figuras estão tatuadas nas costas de AGUINALDO. Asseverou que AGUINALDO cultua essa imagem, tanto que usa o nome social “Katarina”, bem próximo ao nome da Deusa “Katrina”. Então, de todas as versões apresentadas, a de Jefferson é a que mais condiz com a verdade. Disse que acompanhou o exame de corpo de delito de REGINALDO, o qual apresentava lesões nos braços e pernas, compatíveis com as agressões praticadas contra a vítima, os que os fizeram concluir que os dois realmente que praticaram o crime.

O Policial Penal Antonio Marcos Luiz Leite esclareceu que Ricardo estava incumbido de fazer a contagem no setor de inclusão. Quando ele retornou, disse que um dos sentenciados não havia dado sinal na contagem. Pediu a ele para retornar e confirmar se o sentenciado estava na cela. Quando ele retornou, um dos sentenciados disse que esse sentenciado faltante tinha falecido. O depoente preservou o local. Não conhecia Jefferson e a vítima.

O Policial Penal Ricardo Assis Macerau disse que apenas fez a contagem e percebeu que um dos sentenciados não se apresentou, estava deitado no chão, mas como estava no ponto cego da cela, apenas viu parte da perna e então pediu aos outros sentenciados para levantarem ele. Eles disseram que o sentenciado estava dormindo porque tinha tomado medicamento. Retornou para seu setor e depois voltou novamente, sendo informado que o sentenciado estava morto. Novamente retornou para o Diretor de Segurança e informou o ocorrido. Após, retiraram da cela os outros três sentenciados e viram a vítima morta.

A testemunha Jefferson Costa da Silva, companheiro de cela dos acusados e da vítima, relatou que primeiramente estavam na inclusão ele e o rapaz que morreu e estavam de boa. Os réus chegaram na cela com a troca do plantão. Aproximadamente 23h a vítima disse algo sobre o passado de AGUINALDO e o chamou de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

“puto” e ele não gostou, pois puto é uma palavra muito forte naquele ambiente carcerário. Iniciou-se uma discussão e agressões entre eles. O depoente interferiu para tentar separar e não conseguiu. Aproximadamente meia hora depois conseguiu apaziguar a briga. Às 2h da madrugada, mais ou menos, a vítima chamou novamente AGUINALDO de puto. Em seguida AGUINALDO entrou em luta corporal com a vítima, jogou-a no chão, deu um monte de murro nela, pisou na cabeça dela e pegou um lâmina e abriu a garganta dela. Enquanto AGUINALDO segurava a vítima, REGINALDO dava socos nela. A vítima pediu ao depoente para correr até a porta e pedir socorro, mas não conseguiu, pois AGUINALDO estava com a lâmina na mão e o ameaçava, dizendo que se chamasse o guarda iria matá-lo. Disse que os réus o ameaçaram de morte para assumir a autoria, por isso assumiu, pois se tivesse falado a verdade, como os guardas não iriam tirá-los no momento, os dois iam matá-lo. Disse que foi ele quem ascendeu a luz, viu tudo.

Tem-se, assim, como demonstra a tese acusatória.

A vítima habitava a cela 1 do Pavilhão de inclusão e, na manhã do dia anterior aos fatos, a testemunha Jefferson foi transferida para o local. À noite, após a contagem, também foram transferidos para a cela os acusados AGUINALDO, vulgo “Katrina” chegou na cela bem agitado, alegando que havia brigado com sua “bicha” no outro raio e pediu para ser transferido para não fazer “besteira”. A vítima, que não conseguia dormir em virtude das conversas de AGUINALDO acabou reclamando com ele, xingando-o de “puto”, o que, segundo a testemunha Jefferson, não é aceito pelas “bichas da prisão”, razão pela qual houve um “bate boca” entre “Katrina” e a vítima. REGINALDO, o “Zóio”, se levantou e acendeu as luzes e, nesse momento, “Katrina” partiu pra cima de Roberto, que estava deitado, desferindo nele diversos socos no rosto. Nesse momento, a testemunha Jefferson e “Zóio” pediram para “Katrina” parar com as agressões e ele parou e todos voltaram para seus colchões. As luzes permaneceram acesas pelo receio de ocorrer nova agressão, mas ninguém mais conseguiu dormir. Já estava amanhecendo quando a vítima novamente chamou “Katrina” de “puto” e, nesse momento, “Katrina” e “Zóio” se levantaram e “Katrina” segurou a vítima por trás, com as duas mãos em seu pescoço e começou a esganá-la, enquanto “Zóio” desferia muitos socos e chutes em Roberto, atingindo-o na região do estômago, rosto e pescoço. Em dado momento, Roberto conseguiu se soltar de “Katrina” e correu para a porta para chamar socorro, mas “Katrina” novamente conseguiu agarrá-lo por trás e o jogou no chão. Na queda, Roberto bateu com o lado esquerdo do rosto no solo, desmaiando. “Katrina” então, pegou uma lâmina de barbear e fez um corte profundo na garganta da vítima, enquanto “Zóio” fazia riscos com outra lâmina na barriga dela. Com o sinal da contagem, os denunciados pararam as agressões, mas “Katrina” ainda pegou um pedaço de papel higiênico e passou no sangue de Roberto e, em seguida, escreveu “Katrina” na parede dos fundos da cela. “Zóio” e “Katrina” pegaram o corpo da vítima e colocaram sobre o colchão do canto da cela e cobriram com uma manta, deixando apenas os pés de Roberto descobertos. Nos dois momentos em que a vítima foi agredida, ela não conseguiu reagir e não agrediu “Zóio” ou “Katrina”. Na hora da contagem o policial penal percebeu que faltava um preso e entrou na cela, constatando que a vítima estava morta.

De acordo com o laudo de exame de corpo de delito do denunciado

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Reginaldo, este apresentou lesões compatíveis com as agressões perpetradas contra a vítima, circunstância que afasta a alegação de AGUINALDO, no sentido de que ele e REGINALDO não teriam agredido Roberto, somente Jeferson.

As fotografias de fls. 37/38 demonstram que AGUINALDO foi realmente quem escreveu “Katrina” com o sangue da vítima na parede, considerando sua altura. As fotografias de fls. 39/42 evidenciam que os outros sentenciados possuem estatura muito menor, não alcançando o local onde foi escrito o nome.

O policial civil André Luis observou que Jeferson mal sabia escrever, chegando a essa conclusão observando a assinatura dele no depoimento. Asseverou, também, que foi ver o significado de “Katrina” e viu que significava “Deusa da Morte”, cuja imagem é o rosto de uma mulher e em torno figuras de caveiras, demônios, sendo que essas figuras estão tatuadas nas costas de AGUINALDO, demonstrando que cultua essa imagem e usa o nome social “Katarina”, bem próximo ao nome da Deusa “Katrina”. Concluiu o arguto policial que das versões apresentadas, a de Jefferson é a que mais condiz com a verdade, até porque, fosse verídica a versão de AGUINALDO (de que ele e REGINALDO não teriam agredido a vítima), REGINALDO não teria apresentado lesões nos braços e pernas, compatíveis com as agressões praticadas por ele contra a vítima, em concurso com AGUINALDO.

As qualificadoras, de outra parte, encontraram ressonância no estofo probatório.

Fútil a motivação, desproporcional ao evento letal. Mataram a vítima tão somente por ter xingado Aguinaldo de “puto”.

O meio cruel assumiu seus contornos, pois enquanto AGUINALDO segurava a vítima pelo pescoço, esganando-a, REGINALDO desferia vários socos nela. Quando a vítima finalmente conseguiu se desvencilhar, foi pega novamente por AGUINALDO, o qual a jogou com tanta força no chão que a fez bater com a cabeça ao solo e desmaiar, tendo, após, cortado o pescoço (AGUINALDO) e a barriga (REGINALDO) da vítima com lâmina de barbear, assim provocando sofrimento atroz e desnecessário ao ofendido.

Os acusados, por fim, se valeram de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois a surpreenderam em superioridade numérica, dentro de uma cela, de modo que ela não tinha para onde correr, posto que desarmada e totalmente indefesa, impedindo, mediante ameaças, que tanto ela como a testemunha Jeferson solicitasse socorro.

Como sobredito, decisão contrária à prova dos autos é aquela que não possui nenhum respaldo no conjunto probatório.

No caso vertente, longe de afrontar as provas coligidas, o julgamento efetivado nelas encontrou suficiente suporte, bastando que encontre arrimo numa das vertentes de prova existentes no bojo dos autos.

Nesse sentido:

“... apelação lastreada no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos) pressupõe, em homenagem à soberania dos veredictos, decisão dissociada das provas amealhadas no curso do processo. Optando os jurados por uma das versões factíveis apresentadas em plenário, impõe-se a manutenção do quanto assentado pelo Conselho de Sentença...” (STJ - HC 232.885/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015).[...]” (fls. 1.076/1.090).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Digo eu.

Antes que se diga sobre a impossibilidade da remissão do texto referente ao Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, visando a dar escopo à fundamentação deste Acórdão, não afronta a norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal, vale dizer, o mandamento constitucional consistente na obrigatoriedade de fundamentação de sentenças e decisões, o adotar, como razões, fundamentos de outras sentenças, decisões ou peças processuais, por exemplo, Pareceres do Ministério Público, de qualquer grau, de autoridades públicas, mesmo laudos periciais firmados por peritos e até argumentos das partes, desde que se mencione, fielmente, a fonte, à evidência, reproduzindo-se, monocordicamente, os sobreditos fundamentos.

Vai daí que se reputa incensurável o Parecer, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (STF – ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF - HC 207.155-AgR/PR – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Continuo.

Até aqui, a prova oral digna de particular consideração, porque

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

referente às pessoas que efetivamente falaram perante os senhores Jurados, cujos relatos se prestavam, perfeitamente, para a formação do convencimento dos Juízes leigos.

De outro lado, o cotejo dos demais elementos probatórios dos autos, de todo oportuno, confirma a relevância dos relatos acima considerados. Tudo a revelar, em verdade, a existência de margem de sustentação para diversas interpretações dos fatos, o que é normal em se tratando de pessoas diversas.

Das provas documentais e periciais dos autos, destacam-se o boletim de ocorrência (fls. 17/19), as fotografias (fls. 37/44), o laudo pericial do local do crime (fls. 293/304), o laudo necroscópico (fls. 323/325), o laudo toxicológico realizado na vítima (fls. 358/360), os laudos periciais concernentes aos exames periciais realizados na lâmina de barbear (fls. 502/506 e 557/560), a certidão de óbito (fls. 522), além da prova pessoal colhida em todas as fases do procedimento especial do Júri.

Em aligeiradas notas, essa é a síntese das provas mais importantes dos autos.

Diante de todo esse quadro de elementos informativos e independentemente da solução que uma ou outra das partes litigantes possa entender correta, observo que tudo, absolutamente tudo, está a indicar que o Tribunal do Júri, a quem compete o julgamento desta causa, estava muito bem assenhoreado dos elementos necessários à formação do seu convencimento.

A bem da verdade, era de se esperar que os senhores Jurados estivessem mesmo robustecidos de sólido, completo e adequado arcabouço de informações e interpretações plausíveis para o caso em julgamento, seja

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

porque se trata de um caso de repercussão na Comarca de Origem, seja, mais do que tudo, porque o contraditório e a ampla defesa puderam ser exercidos em suas plenitudes.

A competência do Tribunal do Júri precede a todas as outras no que se refere à interpretação dos fatos em julgamento. Prevalece, até mesmo, sobre a competência deste Tribunal de Justiça, tanto assim que esta Câmara julgadora não pode rever a conclusão adotada pelos Juízes leigos (isto é, esta Instância revisória não pode nem sequer julgar o réu, declarando-o culpado ou inocente quanto aos crimes a ele imputados), cabendo, quando muito, declarar eventual nulidade do julgamento do Júri. E isso somente em hipóteses excepcionais, as quais, a bem dizer, somente podem ocorrer em casos de manifesta teratologia, o que, aqui, não ocorre.

Penso que a conclusão dos Jurados não se mostrou teratológica.

Por isso, a meu ver, as pretensões constantes do recurso interposto pela defesa não comportam guarida.

A decisão dos Jurados encontra suporte em percurso lógico passível razoavelmente de exsurgir das provas dos autos. Decerto, não se trata da única interpretação possível de existir no caso concreto. Entretanto, é uma das interpretações possíveis, porque não consagra o absurdo, não acomoda uma interpretação alheia a toda e qualquer prova dos autos.

Explico, outra vez.

A percepção que podiam ter os Jurados deve ser reconhecida e prestigiada. Em verdade, eles tinham até melhores condições de sentir a prova testemunhal, porque estavam presentes, viram e ouviram as pessoas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

que prestaram depoimentos e acompanharam os debates, durante toda a sessão de julgamento.

Proximidade tal que lhes habilitava, sim, a examinar adequadamente o caso dos autos.

Com efeito, da análise dos autos verifica-se a existência de versões distintas para o caso. A primeira sustentada pelo **Ministério Público**, segundo a qual os réus mataram a vítima por motivo fútil, com emprego de meio cruel e mediante recurso que impossibilitou a sua defesa.

A segunda, sustentada pelas defesas, baseia-se, em síntese, na inexistência de provas sobre as autorias criminosas.

À vista do amplo conjunto probatório acima reportado, a solução dos Jurados é sustentável, pois baseada em uma das versões debatidas no julgamento, optando por aquela que lhes pareceu mais correta.

Tal premissa se aplica, inclusive, no tocante às qualificadoras reconhecidas. Não é despropositado entender que, ao menos do ponto de vista do observador externo, os réus **Reginaldo Guerra e Aguinaldo da Silva** agiram por **motivo fútil**, com **emprego de meio cruel** e com **recurso que impossibilitou a defesa da vítima**.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o homicídio ocasionado por brigas ou discussões caracteriza o motivo fútil. Da mesma maneira, já decidiu aquela Corte que o extremo sofrimento da vítima configura meio cruel e que a superioridade numérica de agentes é recurso que dificulta ou impossibilita a sua defesa:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

RESTABELECIMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL NA PRONÚNCIA DO RÉU. QUALIFICADORA QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE OU ABSOLUTAMENTE DESCOLADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NOS AUTOS. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. IMPROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, o fato de ter havido discussão prévia entre o acusado e a vítima não basta, por si só, para afastar a qualificadora do motivo fútil, até porque tal discussão pode ter sido, em si, banal.

[...]

4. Com efeito, "[a] jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que somente devem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou sem nenhum amparo nos elementos dos autos, sob pena de usurpação da competência constitucional do Tribunal do Júri" (AgRg no REsp 1948352/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 12/11/2021), o que, todavia, não é o caso dos autos.

[...]

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no REsp 2.094.775/MG – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – Quinta Turma – j. em 16/09/2024 – DJe de 18/09/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. JÚRI. FEMINICÍCIO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO NA SEGUNDA FASE. ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. A qualificadora do meio cruel foi reconhecida em virtude do sofrimento lento e martirizante imposto à ofendida.

[...]

4. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 922.927/SP – Rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) – Sexta Turma – j. em 23/10/2024 – DJe de 28/10/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. Esta Corte Superior tem a compreensão de que "havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal" (HC n. 402.851/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/9/2017, DJe 21/9/2017). Assim, no caso, o emprego da qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima aliada à informação de que o crime foi cometido com superioridade numérica de agentes bem

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

lastreiam a consideração prejudicial das circunstâncias do delito.

5. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 921.713/ES – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** – , Sexta Turma – j. em 23/09/2024 – DJe de 25/09/2024);

Dentro dessa perspectiva, o reconhecimento das qualificadoras, pelos Jurados, não se mostra diretriz manifestamente improcedente, tampouco sem substrato nas provas dos autos.

E, quanto à necessidade de se manter o reconhecimento levado a cabo pelos Jurados, inclusive no que toca à presença ou não da qualificadora do homicídio, ressalvados casos excepcionais, vem a calhar:

"Processual penal. Agravo regimental em Recurso ordinário em habeas corpus. Homicídio qualificado. Pronúncia. Preclusão. Excesso de linguagem. Qualificadoras. Fatos e provas. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Recomendação 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

3. Quanto ao alegado indevido acolhimento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “o afastamento ou reconhecimento da existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência funcional do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida (HC nº 66.334-6/SP, Tribunal Pleno, redator para o acórdão o Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 19/05/89), salvo se forem manifestamente improcedentes e incabíveis (HC 108.374, Rel. Min. Luiz) (HC 126542 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 3/6/2015)”(HC 162.122-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

[...]

10. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 217.451 AgR/PE – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 05/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E RECEPÇÃO. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inadmissível, como regra, o emprego do habeas corpus como

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

2. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo deste recurso de fundamentação vinculada. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Suprema Corte é no sentido de que os pressupostos de recursos interpostos no Superior Tribunal de Justiça não podem ser objeto de exame neste Supremo Tribunal pela via do habeas corpus. Precedentes.

4. Na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, o afastamento ou reconhecimento da existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência funcional do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida, salvo se forem manifestamente improcedentes e incabíveis.

5. Inviável o manejo do habeas corpus para o afastamento de qualificadoras, pois imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes.

6. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 216.511 AgR/RJ – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. 29/08/2022 – DJe 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA.

1. A orientação deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que “o afastamento ou reconhecimento da existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência funcional do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida (HC nº 66.334-6/SP, Tribunal Pleno, redator para o acórdão o Ministro Moreira Alves, publicado do DJ de 19/05/89), salvo se forem manifestamente improcedentes e incabíveis” (HC 108.374, Rel. Min. Luiz) (HC 126542 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 3/6/2015).

2. A qualificação do crime de homicídio está indicada no substrato fático da causa, de modo que qualquer conclusão desta CORTE em sentido contrário ao pronunciamento das instâncias ordinárias demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de Habeas Corpus, “além de ensejar ofensa ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, por não se tratar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos” (RHC 202621 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 20/9/2021).

3. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 217.316 AgR/SP – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. 22/08/2022 – DJe 24/08/2022).

Diante do quadro que se apresentava, aos senhores Jurados cabia interpretar e atribuir o devido grau de confiabilidade e verossimilhança às palavras dos depoentes, bem como aos demais elementos probatórios dos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

autos.

E eles optaram pelas soluções que advieram das suas livres convicções, confrontando os elementos probatórios do caso em julgamento, o que, não caracterizando nenhum disparate, bem ao contrário, deve ser mantido.

Cumpria aos Jurados recompor a dinâmica dos fatos, ponderando os argumentos trazidos pela defesa e pelo Ministério Público.

Desse modo, ainda que exista frontal entrechoque de elementos probatórios, somente os Jurados estão legitimados a solucionar o conflito e a eleger qual a prova e qual a interpretação, dentre aquelas apresentadas, que é mais fidedigna.

O fato é que não se pode falar em decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Conforme já ressaltado, existem elementos concretos e interpretações válidas a sustentarem, sob alguma perspectiva, a decisão dos Jurados. Isso basta para a manutenção da decisão dos Jurados. Coisa outra não pode fazer esta Corte "ad quem", por força dos princípios antes mencionados. Com efeito, em havendo respaldo razoável à conclusão dos Jurados, cujo "decisum" não caracterizou arbitrariedade, importa manter a soberana decisão do Tribunal Popular.

De mais a mais, a solução dos Jurados foi plausível, amparada nas conclusões que razoavelmente podiam surgir das provas coligidas. E, repito, isso basta para a manutenção da solução dada por eles.

No caso concreto, os Juízes leigos reconheceram a materialidade e a autoria do crime de homicídio qualificado em relação aos réus. Rejeitaram o quesito de absolvição. Depois, reconheceram as

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

qualificadoras relativas ao motivo fútil, ao emprego de meio cruel e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Reconheceram, também, a semi-imputabilidade do réu **Reginaldo Guerra**. E o fizeram amparados em provas efetivamente constantes do caderno processual e válidas interpretações das mesmas, o que leva à necessidade da manutenção do decisório.

De tal arte, é plausível a versão sustentada pelo Ministério Público, de que os réus **Aguinaldo da Silva** e **Reginaldo Guerra** mataram a vítima após uma briga na cela em que estavam custodiados, agredindo-a e, posteriormente, utilizando a lâmina de barbear para cortar o seu pescoço, em conformidade com as provas colhidas sob o crivo do contraditório, o que foi reconhecido pelo Conselho de Sentença.

Passo à análise das penas.

As penas-base foram corretamente fixadas acima do mínimo legal para o crime de homicídio triplamente qualificado para ambos os réus, utilizando, para tanto, o motivo fútil para qualificar o crime.

A sentença fixou a pena-base do réu **Aguinaldo da Silva** em 22 (vinte e dois) anos de reclusão, em razão dos seus maus antecedentes (processos-crime n. 0000394-43.2013.8.26.0069 – fls. 824, n. 0000410-94.2013.8.26.0069 – fls. 824 e 403, n. 0000421-26.2013.8.26.0069 – fls. 824, n. 0000656-90.2013.8.26.0069 – fls. 825 e n. 0000659-45.2013.8.26.0069 – fls. 825), da valoração negativa da sua culpabilidade, certo que o crime foi cometido no interior do estabelecimento prisional, e das circunstâncias do crime, uma vez que o crime foi cometido com o emprego de arma branca e que o sangue da vítima foi utilizado para realizar escrituras na penitenciária.

Para o réu **Reginaldo Guerra**, a pena-base foi fixada em 21 (vinte e um) anos de reclusão em razão dos seus maus antecedentes

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(processos-crime n. 0005139-85.2005.8.26.0024 – fls. 798, n. 0007540-62.2002.8.26.0024 – fls. 800, n. 0007649-08.2004.8.26.0024 – fls. 801, n. 0009316-29.2004.8.26.0024 – fls. 802 e n. 00010328-49.2002.8.26.0024 – fls. 803) da valoração negativa da sua culpabilidade, uma vez que o crime foi cometido no interior do estabelecimento prisional, e das circunstâncias do crime, certo que o crime foi cometido com o emprego de arma branca e o sangue da vítima foi utilizado para realizar escrituras na penitenciária.

No ponto, não há que se falar em afastamento dos maus antecedentes na fixação da pena-base em razão do decurso do tempo. Como é cediço, os antecedentes não são apagados após período depurador, pois o Código Penal adotou o chamado "sistema da perpetuidade". Confira-se o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343, DE 2006. MAUS ANTECEDENTES. TEMA RG Nº 150. PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS (ART. 64, INC. I, DO CP): INAPLICABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

[...]

2. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 593.818-RG/SC, Tema RG nº 150 do ementário da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: 'Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 211.324-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 09/01/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS (SÚMULA 279/STF). JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]

4. O STF, ao julgar o RE 593.818-RG – Tema 150, de minha relatoria, entendeu que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, '[s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006' (HC 123.042, Relª. Minª. Rosa Weber). Precedente.

[...]

7. Agravo a que se nega provimento."

(STF – RE 1.402.758-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 22/11/2022 – DJe de 23/11/2022);

"AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 150). HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Esta Suprema Corte, na análise do Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese de que 'não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal'.

2. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 209.193-AgR/DF – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 14/03/2022 – DJe de 18/04/2022).

Na mesma linha está o entendimento do Superior Tribunal de

Justiça:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES DA SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MAUS ANTECEDENTES. ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES QUE NÃO ESTÁ LIMITADA AO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que 'para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade' (HC 430.172/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

7/3/2018).

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 750.611/SP – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 14/2/2023);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PENA BASE. ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. INAPLICABILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA INTERMEDIÁRIA SUPERIOR A 1/6. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

5. O tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não opera efeitos quanto à validade da condenação anterior, para fins de valoração negativa dos antecedentes, como circunstância judicial desfavorável. Isso porque o Código Penal adotou o sistema da perpetuidade, haja vista que o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), hipótese em que vigora o sistema da temporariedade. Não houve, pois, ilegalidade na valoração dos antecedentes na pena-base.

6. Não há qualquer ilegalidade em valorar condenação não alcançada pelo período depurador sob o título de antecedentes, porquanto, inclusive, mais favorável aos pacientes.

[...]

9. Agravo regimental parcialmente provido."

(STJ – AgRg no HC 668.427/SP – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 07/06/2022 – DJe de 14/06/2022).

Na segunda fase, a sentença agravou as penas do homicídio com base nas qualificadoras relativas ao emprego de meio cruel e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, reconhecidas pelos senhores Jurados, presentes também no rol das agravantes genéricas (art. 61, II, "c" e "d", do Código Penal).

Com efeito, havendo mais de uma qualificadora no crime de homicídio, é possível adotar uma delas para o fim de caracterizar o tipo penal qualificado e outra, ou outras, para exasperar a pena-base, ou para agravar a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sanção penal, quando estiver contida no rol das agravantes genéricas do art. 61, do Código Penal.

Nesse sentido, no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DE ESCALADA. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. PENA-BASE FIXADA DE FORMA PROPORCIONAL E FUNDAMENTADA POR CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS IDÔNEAS (ART. 59 DO CP). REGIME PRISIONAL ADEQUADO AO CASO SOB EXAME. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

V - Este Supremo Tribunal já decidiu que, "[n]a hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais". (HC 99.809/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 16/9/2011).

[...]

VIII - Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 233.571 AgR/SP – Rel. Min. CRISTIANO ZANIN – Primeira Turma – j. em 21/11/2023 – DJe de 30/11/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSTANTES NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. **PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS PREVISTAS NO MESMO TIPO PENAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE APENAS UMA DELAS. AS DEMAIS DEVEM SER CONSIDERADAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE AGRAVAMENTO DE PENA. FUNDAMENTOS DO DECISUM COMBATIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE.** AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

V – Agravo ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 185.560 AgR/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 08/09/2020 – DJe de 16/09/2020).

E, ainda, no Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. CULPABILIDADE ACENTUADA. PERSONALIDADE VIOLENTA E PERIGOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO ACENTUADAS. CONSEQUÊNCIAS EXTREMAMENTE GRAVOSAS PARA A VÍTIMA. MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. DESLOCAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE PARA A PRIMEIRA FASE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NOS FUNDAMENTOS E NO INCREMENTO OPERADO NA BASILAR. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO CRIME TENTADO. INVIABILIDADE. EXTENSÃO DO ITER CRIMINIS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

6. No tocante ao deslocamento de uma, das três qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença para exasperar a pena-base, também não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada, porquanto este entendimento está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, havendo mais de uma qualificadora no homicídio doloso, uma delas pode formar o tipo qualificado e as demais serem utilizadas para agravar a pena na segunda etapa do cálculo dosimétrico (caso constem no rol do art. 61, II, do CP) ou para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo. Precedentes.

[...]

8. Rever as premissas fáticas que conduziram o Tribunal de origem a concluir pelo expressivo transcurso do iter criminis, com reflexo no quantum da redução decorrente da tentativa, demandaria o reexame da moldura fática e probatória delineada nos autos, procedimento inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

- Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 799.939/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. 28/02/2023 – DJe de 06/03/2023).

Acresço, para suplantar qualquer dúvida, o escólio ofertado por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, sobre o emprego de uma ou mais qualificadoras residuais para serem utilizadas como circunstâncias judiciais desabonadoras. "In verbis":

"Um crime pode conter, na sua descrição típica derivada, mais de uma circunstância qualificadora, dando ensejo ao reconhecimento concomitantemente, porque compatíveis, de duas ou mais. No caso do homicídio, v.g., pode perfeitamente ocorrer a presença da motivação torpe, associada à execução empreendida à traição e com emprego de fogo. Logo, tem-se uma tripla qualificação. O reconhecimento da primeira qualificadora permite a mudança da faixa de fixação da pena, que salta de 6 a 20 anos para 12 a 30. Não é razoável, após esse procedimento, o desprezo das outras duas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

relevantes circunstâncias igualmente presentes. A solução, portanto, uma vez que todas são circunstâncias do crime e, nesse caso, previstas em lei, deve levar o magistrado a considerar as duas outras como circunstâncias legais genéricas para o aumento da pena (agravantes). Eventualmente, quando inexistente circunstância qualificadora no rol das genéricas agravantes do art. 61 (como ocorre com o furto cometido mediante escalada), deve o julgador acrescentá-la como circunstância judicial (art. 59), algo sempre possível, inclusive por serem circunstâncias residuais."

(**Individualização da pena**, 5ª. edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora dos Tribunais, 2013).

Foi também reconhecida a circunstância agravante da reincidência para o réu **Aguinaldo da Silva** (processos-crime n. 0000750-38.2013.8.26.0069 – fls. 825, n. 0001003-60.2012.8.26.0069 – fls. 826 e n. 0004021-69.2016.8.26.0483 – fls. 830), a sua pena sendo agravada para 29 (vinte e nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e para o réu **Reginaldo Guerra** (processo-crime n. 0000003-56.2018.8.26.0605 – fls. 798), a sua pena sendo agravada para 26 (vinte e seis) anos e 03 (três) meses de reclusão.

No ponto, observo que não há que se falar da não recepção do art. 61, I, do Código Penal pela Carta Magna.

A aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (art. 61, I, do Código Penal) foi declarada constitucional, em Repercussão Geral, por unanimidade, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S): VOLNEI DA SILVA LEAL
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECD.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE –
Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I, do artigo 61, do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por defensora pública, foi protocolada no prazo em dobro a que tem jus a Defensoria Pública. Ao prover o agravo que resultou, mediante conversão, no extraordinário, fiz ver (folha 73):

(...)

1. O tema de fundo, devidamente prequestionado sob o ângulo da Constituição Federal, está a merecer reflexão. Articula-se com o princípio da individualização da pena e com a impossibilidade de alguém, transitado em julgado certo decreto condenatório, vir a sofrer consequências outras que não a retratada no título penal.

(...)

De início, é dado constatar envolver a situação concreta destes autos a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

A definição de reincidência está no próprio Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

O artigo 64 do mencionado Código prevê a exclusão do instituto quando, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena relativa a condenação anterior e a data da infração posterior, haja decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, não se considerando, para tal efeito – o de ter-se o apenado como reincidente –, os crimes militares próprios e os políticos.

Múltiplas são as repercussões legais da reincidência, não estando, portanto, restrita à problemática do agravamento da pena. Logicamente, uma vez assentada a inconstitucionalidade, haverá, por coerência, o afastamento também das demais implicações. Assim é que, no tocante ao regime intermediário de cumprimento da pena, ou seja, o semiaberto, em face do balizamento de quatro a oito anos, não se pode favorecer o reincidente. O regime aberto também fica excluído, presente pena igual ou inferior a quatro anos, se notada a figura legal – alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 33 do Código Penal.

Mais uma vez, no artigo 44, a versar as penas restritivas de direitos, vê-se a impossibilidade da substituição da privativa de liberdade quando o réu for reincidente – inciso II. O instituto também repercute no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa – §2º do artigo 60. Consoante se depreende do disposto no artigo 67, a reincidência é levada em conta, novamente, para deslinde do concurso de agravantes e atenuantes.

Segue-se a disciplina do *sursis*. Consta do inciso I do artigo 77 do Código Penal que a reincidência o obstaculiza. A reincidência volta a repercutir para efeito de lapso temporal relativamente ao livramento condicional – artigo 83, incisos I e II, do mesmo diploma – bem como à prescrição depois de transitada em julgado a sentença considerado o disposto no artigo 110, ganhando o fenômeno repercussão maior

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

no que ocasiona a interrupção da prescrição – inciso VI do artigo 117. Configura também causa de revogação do *sursis* e do livramento condicional, impedindo, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança – artigos 155, §2º, 170, 171, §1º, e 95 do Código Penal e 323, inciso III, do Código de Processo Penal. E, mais, segundo os artigos 76, §2º, inciso I, e 89 da Lei nº 9.099/95 – a Lei dos Juizados Especiais –, a reincidência impede a transação e afasta a suspensão condicional do processo.

Cito essas diversas disciplinas para retratar o sistema penal pátrio, devendo ficar consignado que a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3º. Descabe dizer que há regência a contrariar a individualização da pena. Ao reverso, leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal, como se faz, já agora sob o ângulo da atenuante, a circunstância de ter menos de vinte e um anos de idade ou mais de setenta ou de desconhecer a lei – artigo 65 do Código Penal.

A reincidência, integrando o sistema penal pátrio como um todo, é mais uma vez versada na Lei de Entorpecentes, na Lei nº 11.343/2006. Confirmam com o preceito do §4º do artigo 33 dela constante no que jungida a causa de diminuição da pena ao fato de estar envolvido agente primário, aludindo-se também ao detentor de bons antecedentes. Logo, se a primariedade pressupõe a ausência de crime anterior, a existência de decisão condenatória transitada em julgado, a menção presente no preceito, remete necessariamente à reincidência.

Do mesmo modo é considerada no cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime dos condenados por crime hediondo, exigindo-se o implemento de dois quintos da pena, se primário o agente, e de três quintos, se reincidente – redação dada pela Lei nº 11.494, de 2007. Impede o livramento condicional, após cumprido mais de dois terços da pena, aos condenados reincidentes por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme alteração conferida pela Lei nº 8.072, de 1990, ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Também figura como circunstância integrante do tipo da contravenção penal prevista no artigo 25 do Decreto nº 3.688, de 1941. Influi na revogação da suspensão condicional do processo, do livramento condicional e da reabilitação, nos termos dos artigos 81, inciso I e §1º, 86, 87 e 95 do Código Penal.

Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência. Serão todas essas normas inconstitucionais? Sim, a glosa da reincidência como agravante alcançará, por coerência, os demais preceitos, ante a harmonia própria à aplicação e interpretação do Direito.

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

Não é sem motivo que os tipos penais, sob o ângulo da pena privativa da liberdade, remetem a balizamento temporal, ou seja, preveem um mínimo e um máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da pena, como decidiu este Plenário no Recurso Extraordinário nº 597.270-4/RS, relator ministro Cezar Peluso. Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa.

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueira Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo tem revelado óptica semelhante à da segunda, conforme se extrai dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

A pena agravada pela reincidência não configura *bis in idem*. O recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir.

Ordem denegada. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 91.688/RS, relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça eletrônico de 26 de outubro de 2007.)

"*Habeas corpus*". - A pena agravada em função da reincidência não representa "*bis in idem*". - A presunção de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes. "*Habeas corpus*" indeferido. (Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 73.394/SP, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 21 de março de 1997.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. AGRAVAMENTO DA PENA PELO TRIBUNAL A *QUO*. I. - Reconhecida a reincidência, à vista da certidão de antecedentes criminais constante dos autos, o Tribunal *a quo*, dando provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, agravou corretamente a pena aplicada pelo juízo de primeiro grau. II. - H.C. indeferido. (Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 74.746/SP, relator Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de abril de 1997.)

O momento é de apreensão social no que o Tribunal, nos últimos tempos, tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas. Refiro-me à declaração de inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória – *Habeas Corpus* nº 104.339, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado em 6 de dezembro de 2012 –, da cláusula que impunha a obrigatoriedade do início do cumprimento da pena em regime fechado – *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, relatado pelo ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de junho de 2012 – e da vedadora da substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos – *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, relatado pelo ministro Ayres Britto, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2010. Nas três matérias, mesmo tomado como progressista, como garantidor e, até mesmo, como libertário – e, na verdade, sou simplesmente um Juiz a atuar de forma vinculada à ciência e consciência possuídas –, fiquei vencido. Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria. De minha parte, desprovejo o recurso, assentando a constitucionalidade do inciso I do artigo 61 do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/1940."

(STF – RE 453.000-RG/RS – **Rel. Min. MARCO AURÉLIO** – Tribunal Pleno – j. em 04/04/2013 – DJe de 03/10/2013).

Além disso, ressalto que inexistiu a ocorrência do "bis in idem" no caso concreto, porque as suas reincidências se deram com base em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

processos-crime distintos daqueles que serviram para o reconhecimento dos maus antecedentes criminais. Nesse sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a ausência de violação do princípio do "non bis in idem", quanto à fixação da pena, quando para os fins do art. 59, "caput", do Código Penal, usam-se processos-crime distintos daquele ou daqueles que, na segunda fase da dosimetria da pena, são usados para os fins do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência. Aqueles forjam o conceito de maus antecedentes criminais, este, o da reincidência:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. *WRIT* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DEFICITÁRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE MÉRITO DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM POR MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS.**

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. A instrução processual deficitária inviabiliza a análise do constrangimento ilegal invocado e a concessão da ordem pleiteada. Precedentes. 4. No caso concreto, o agravante deixou de instruir o feito com a folha de antecedentes criminais mencionada na sentença e no acórdão condenatórios, o que impossibilita o exame da pretensão deduzida no habeas corpus. 5. Não se reveste de verossimilhança a tese de que o recorrente teria sido absolvido da imputação que ensejou a reincidência em sentença, haja vista que, do que se extrai dos documentos constantes dos autos, as instâncias ordinárias o consideraram reincidente em razão de condenação transitada em julgado havida em ação penal diversa. **6. Depreende-se dos documentos que instruem o presente writ que as instâncias ordinárias utilizaram condenações distintas para majorar a pena base em razão dos maus antecedentes, bem como para agravar a pena pela reincidência, o que afasta a tese de ofensa ao princípio do non bis in idem.** 7. Agravo regimental desprovido."

(STF – AgR no HC 215.998/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe 03/03/2023);

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação transitada em julgado. Supressão de instância. Alegação de cerceamento de defesa. Negativa de autoria. Dosimetria da pena. Regime inicial. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de poder. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

6. O STF tem orientação no sentido de que é “lícito ao juiz, havendo duas condenações com trânsito em julgado, considerar uma delas como maus antecedentes e a outra como agravante genérica do art. 61, I, do CP (reincidência), sem que isso implique bis in idem” (RHC 126.336, Rel. Min. Teori Zavascki). Ainda nesse sentido: HC 140.868, Rel. Min. Marco Aurélio.

7. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF). Mas o fato é que, na presente hipótese, a imposição do regime fechado encontra respaldo em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, notadamente em razão da reincidência e maus antecedentes. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – AgR no HC 202.516/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 23/08/2021 – DJe 30/08/2021);

"Recurso ordinário em habeas corpus.

2. Exasperação da pena-base. Não ocorrência. Adequação formalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Maus antecedentes. Reincidência. Inexistência de violação ao princípio do non bis in idem. Condenações diversas.

4. Prescrição. Não ocorrência.

5. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 92.611/RJ – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 16/04/2013 – DJe 02/05/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. 1. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE. 2. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 3. DISTINÇÃO DAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO UTILIZADAS COMO MAUS ANTECEDENTES E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM AFASTADA. 4. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

[...]

4. Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de bis in idem. Precedentes.

5. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não inovou ao apreciar a dosimetria da pena na sentença condenatória; analisou seus fundamentos para mantê-la. Não há reformatio in pejus.

6. Recurso ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 115.994/DF – Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Segunda Turma – j. em 02/04/2013 – DJe 17/04/2013);

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas. Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido.

1. **Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto.**

2. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes.

3. Recurso não provido."

(STF – RHC 110.727/DF – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 17/04/2012 – DJe 10/05/2012);

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSA AGRAVANTE GENÉRICA OBRIGATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I - As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual são aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição.

II - **O aumento da pena, em função da reincidência, expressamente prevista no art. 61, I, do Código Penal, não constitui 'bis in idem' quando não utilizada como circunstância judicial para a fixação da pena-base.**

III - Ordem denegada".

(STF – HC 94.846/RS – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Primeira Turma – j. em 07/10/2008 – DJe 24/10/2008).

Não bastasse, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a existência de uma **única** sentença condenatória transitada em julgado não pode ser valorada concomitantemente como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, e como reincidência, na etapa seguinte, sob pena de indevido "bis in idem", a teor do disposto na Súmula n. 241, do Superior Tribunal de Justiça:

"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Entretanto, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva anterior, pode o Magistrado utilizar-se de uma ou mais como antecedentes criminais e as demais, diferentes daquelas, como ensejadores do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, por se tratar de valoração de fatos distintos, conforme a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, "in casu", não há falar em "bis in idem" na fixação da pena ou violação à sobredita Súmula, pois conforme já consignado, tem-se o registro de mais de uma sentença condenatória transitada em julgado. Assim, na hipótese de o agente ostentar mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, insisto, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, o que ocorre na espécie.

A Doutrina não é diferente do entendimento jurisprudencial (nem poderia ser, pois se trata de normal inteligência interpretativa).

LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI, sobre o tema, ensinam que:

"Pluralidade de condenações pretéritas: se o agente conta com várias condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos, cabe ao juiz levá-las em consideração como fatores de determinação da personalidade do agente. Uma delas vale como antecedentes; as outras devem ser levadas em conta como reveladoras da personalidade do agente. Se o agente conta com várias condenações que não tenham ultrapassado o lapso de cinco anos: uma vale para o efeito da reincidência; a outra (ou outras) vale (m) para o efeito dos antecedentes criminais.

Ne bis in idem: havendo uma só condenação pretérita, que ainda se encontra dentro do lapso de cinco anos contados da extinção da pena, cabe ao juiz levá-la em consideração exclusivamente para o efeito da reincidência. Nesse caso, não pode jamais a mesma condenação também servir de base para o reconhecimento de antecedentes criminais. Um mesmo fato (uma mesma condenação) não pode ser valorado duas vezes (contra o réu). Está proibido o *bis*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

in idem (veja Súmula 241 do STJ)."

(**Curso de Direito Penal**, Parte Geral, arts. 1º a 120, VOLUME. I, atualizado até março de 2015, Editora Jus, PODIVM, 2015).

Pela mesma senda é o escólio de **GUILHERME DE SOUZA**

NUCCI:

"Inexiste, ainda, dupla punição pelo mesmo fato, quando o magistrado considera em diferentes etapas, sustentado por diversos delitos, os antecedentes e a reincidência. Há possibilidade de o agente ser somente reincidente – cometer novo delito, após condenação anterior, com trânsito em julgado, por crime – ou ser reincidente e possuir *maus antecedentes* – cometer novo crime, depois de ter sido condenado por delito anterior -, além de ostentar outras condenações com trânsito em julgado."

(**Princípios Constitucionais e Processuais Penais**, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

O próprio autor acima nominado, Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é quem, em outra de suas obras, também sustenta:

"*Maus antecedentes*: pode o juiz levar em consideração ambos os elementos, desde que não tenham como base as mesmas condenações. Neste contexto, saliente-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?'. Assim, caso alguns processos signifiquem *maus antecedentes*, outros podem levar ao reconhecimento da reincidência."

(**Código Penal Comentado**, 15ª edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2015).

E ainda, em uma terceira obra, o mesmo autor pontifica:

"Por outro lado, o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (*maus antecedentes*). Nessa ótica está a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?'.
Entretanto, nada obstaculiza a elevação da pena-base porque o réu

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

possui maus antecedentes e, depois, novamente, por conta da reincidência, como agravante, se há condenações *distintas* em número suficiente para tal procedimento.

Exemplificando: se o agente pratica um roubo depois de já ter sido condenado definitivamente por três outros delitos patrimoniais, podendo ou não ter cumprido a pena. Ora, nada impede que o juiz o considere reincidente por conta de um deles e pondere os outros dois como antecedentes negativos. Se assim não fizer, levando em conta somente a reincidência, poderá haver injustiça na individualização da pena, pois outro réu, que possui apenas uma condenação por crime anterior, é identicamente reincidente. O primeiro tem três antecedentes; o segundo, apenas um. Ambos não podem ser equiparados como reincidentes, com igual elevação da pena. É razoável que haja consideração separada para o que ostenta mais de uma condenação no seu passado. Outros sistemas legislativos adotam critério diferenciado para a ponderação da reincidência na fixação da pena, determinando aumentos maiores para quem possui mais de uma condenação pretérita e torna a cometer outra infração penal. No Brasil, pode-se suprir a deficiência legal no contexto da reincidência conforme o prudente critério do magistrado ao levar em consideração tanto a circunstância legal da reincidência quanto a circunstância judicial dos maus antecedentes." **(Individualização da Pena, 6ª Edição revista, atualizada e ampliada, Gen Editora Forense, 2014).**

Igualmente, **ANDRÉ ESTEFAM:**

"O agente não pode ter, por força de uma única condenação anterior com trânsito em julgado, reconhecida em seu desfavor a agravante da reincidência e os maus antecedentes (na condição de circunstância judicial desfavorável), sob pena de se realizar um inaceitável *bis in idem*. Nesse sentido a Súmula 241 do STJ: ?A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial?. Tal fenômeno, isto é, o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes em desfavor do mesmo réu, requer a existência no processo de uma certidão criminal demonstrando condenação anterior definitiva por outro crime e de *outras* certidões anotando antecedentes criminais."

(Direito Penal, 1, Parte Geral, (arts. 1º a 120), 3ª edição, Editora Saraiva, 2013).

Segue o mesmo entendimento **VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES:**

"Igualmente, o reconhecimento da agravante da reincidência impede que a mesma condenação anterior seja utilizada para aumentar a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

pena-base na condição de "maus antecedentes" (circunstância judicial do art. 59 do CP). A esse respeito existe, inclusive, a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Referida vedação obviamente não existe quando o acusado ostenta mais de uma condenação anterior definitiva e o juiz utiliza uma delas para reconhecer a reincidência e a outra como maus antecedentes. Nessa situação, não há *bis in idem* porque cada agravação da pena baseou-se em condenação anterior diversa."

(Curso de Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, 2015).

No mais, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL legitima o agravamento da pena em patamar mais sensível em se tratando de réus que sejam reincidentes específicos ou plúrimos:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FATOS E PROVAS. PENA-BASE. REINCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. Para "justificar o percentual de 2/3 adotado para exacerbar a pena na segunda fase, as instâncias antecedentes destacaram a multireincidência e a reincidência específica do recorrente, o qual ostenta 7 condenações anteriores pelos crimes de roubo, furto, posse ilegal de arma e tráfico. **A reincidência plúrima, nesse contexto, é circunstância idônea para o agravamento da pena, que se deu em patamar proporcional e adequado às particularidades do caso concreto, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado**" (HC 169.738-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 225.347 AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – j. em 03/04/2023 – DJe de 10/04/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA PLÚRIMA. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A dosimetria da pena está ligada ao mérito da ação penal, ao juízo que é realizado pelo magistrado sentenciante após a análise do acervo probatório amealhado ao longo da instrução criminal. Daí ser inviável, na via estreita do Habeas Corpus, reavaliar os elementos de convicção, a fim de se redimensionar a sanção. O que está autorizado, segundo reiterada jurisprudência desta CORTE, é apenas o controle da legalidade dos critérios invocados, com a correção de eventuais arbitrariedades, não verificadas na espécie. Precedentes.

2. **Para justificar o percentual de 2/3 adotado para exacerbar a**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pena na segunda fase, as instâncias antecedentes destacaram “a multireincidência e a reincidência específica do recorrente, o qual ostenta 7 condenações anteriores” pelos crimes de roubo, furto, posse ilegal de arma e tráfico. A reincidência plúrima, nesse contexto, é circunstância idônea para o agravamento da pena, que se deu em patamar proporcional e adequado às particularidades do caso concreto, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

[...]

4. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 169.738 AgR/SC – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 07/06/2019 – DJe de 13/06/2019).

De outro bordo, não há como se reconhecer a circunstância atenuante inominada prevista no art. 66, do Código Penal. É que o pleito para o reconhecimento de tal atenuante não possui qualquer fundamentação nas razões de apelação, constando apenas do pedido final.

Outrossim, somente pode ser reconhecida a existência da circunstância atenuante inominada quando houver uma circunstância, não prevista expressamente em lei, que permita ao Magistrado verificar a ocorrência de um fato indicativo de uma menor culpabilidade do agente, o que não ocorreu no caso concreto. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NULIDADES. APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A DEFESA. ARTIGO 565 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ADITAMENTO À DENÚNCIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **NÃO INCIDÊNCIA DE ATENUANTES**. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

8. Quanto ao art. 66 do CP, somente pode ser reconhecida a existência da atenuante inominada quando houver uma circunstância, não prevista expressamente em lei, que permita ao Juiz verificar a ocorrência de um fato indicativo de uma menor culpabilidade do agente (ut, AgRg no AREsp n, 1.809.203/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 22/3/2021) (AgRg no AREsp n. 1.976.758/TO, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe 15/2/2022). No presente caso, o fato do acusado ter sentido absoluta tristeza desde que tomou conhecimento do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

lamentável falecimento da vítima não diminui a culpabilidade do agente pela prática delitiva, não havendo qualquer ilegalidade ao não se reconhecer a atenuante do art. 66 do CP.

9. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no AREsp 2.321.892/SP – **Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca** – Quinta Turma – j. em 27/06/2023 – DJe de 30/06/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLENÁRIO ANULADO. INOVAÇÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. TESTEMUNHA QUE RESIDE EM COMARCA DISTINTA. INEXIGIBILIDADE DE COMPARECIMENTO À SESSÃO PLENÁRIA. ÔNUS DAS PARTES. REDAÇÃO DOS QUESITOS. OBSERVÂNCIA DO ART. 482, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. JUÍZO DE DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **ATENUANTE INOMINADA. AUSÊNCIA DE COMETIMENTO DE NOVOS DELITOS.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

6. **A ausência de cometimentos de outros delitos depois dos fatos em julgamento não tem o condão de configurar a atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal.**

7. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no REsp 1.966.376/SP – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** – Sexta Turma – j. em 25/10/2022 – DJe de 17/11/2022).

Na terceira fase, a pena do réu **Aguinaldo da Silva** ficou inalterada, enquanto a pena do réu **Reginaldo Guerra** foi diminuída no patamar de 1/3 (um terço) em razão do reconhecimento da sua semi-imputabilidade pelos Jurados, a sentença justificando a fração com base no "nível de consciência acerca do homicídio demonstrado em seu interrogatório".

De mais a mais, impossível uma redução maior, até porque a redução mínima melhor se aplica ao caso em tela, pois conforme reconhecido no laudo pericial, o réu apresentava perturbação da saúde mental que o tornava parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento (cf. o laudo pericial do exame de sanidade mental a fls. 75/83 do incidente processual).

Aqui, o réu nada tem do que reclamar. Isto porque, apesar de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

entender o carácter ilícito da conduta, a capacidade de autodeterminação do réu, quanto à prática delitiva, também persistia, mas em grau reduzido. Ou seja, o réu era, na data do crime, parcialmente capaz, fazendo incidir a causa de diminuição de pena de acordo com o grau de perda da capacidade de autodeterminação, conforme bem fundamentado pela sentença.

Assim, a pena para o crime ficou definitivamente fixada para o réu **Reginaldo Guerra** em 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mas foi substituída por medida de segurança consistente em internação, nos termos do art. 98, do Código Penal, pelo prazo mínimo de 03 (três) anos (cf. o laudo pericial do exame de sanidade mental a fls. 75/83 do incidente processual).

O regime prisional fixado foi o fechado para ambos os réus, sobretudo à luz da quantidade da pena, dos seus maus antecedentes e das reincidências (art. 33, §2º, "a", do Código Penal).

Por fim, o pedido defensivo, no sentido da concessão de gratuidade da justiça, deverá ser feito junto ao Juízo das Execuções Criminais.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DUPLICIDADE DE RECURSOS CONTRA O MESMO ACÓRDÃO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE E PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. Quanto ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, "de acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução (...)" (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2016).

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no AREsp 2.183.380/GO – **Rel. Min. Joel Ilan Paciornik** – Quinta Turma – j. em 06/12/2022 – DJe de 13/12/2022).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Pelo exposto, **afasto a preliminar arguida e nego provimento aos recursos defensivos.**

É o meu voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator