

PRISÃO PREVENTIVA

RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES

Recurso

REsp 98.129/

Tribunal

STJ

CONCURSO DE DUAS QUALIFICADORAS — IMPOSSIBILIDADE DE UMA DELAS SER CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE

RESUMO

- O recorrente foi submetido a julgamento popular por homicídio duplamente qualificado (motivo torpe e impossibilidade de defesa da vítima), acolhendo o Conselho de Sentença, integralmente, os termos da acusação, não reconhecendo nenhuma atenuante a seu favor. A pena foi fixada em 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, estando o acréscimo (6 meses) embasado na circunstância de haver o Júri acatado a existência de duas qualificadoras, uma delas funcionando como elementar do crime e a outra como agravante. Eis os fatos: "Segundo apurou-se, a vítima mantinha um relacionamento amoroso com a ex-companheira do denunciado. Naquele dia, o denunciado, após observar que a vítima entrou na residência de sua ex-companheira Sueli, sendo que, quando ambos já se encontravam no leito conjugal, o denunciado, agindo de forma violenta, muniu-se de duas facas, veio a arrombar a porta da cozinha, foi até o quarto do casal, e lá passou a golpear a vítima Sebastião, fazendo-a de forma variada, atingindo peito, na região perineal, nos membros inferiores e superiores, falecendo a vítima Sebastião por hemorragia aguda interna. Que no momento dos fatos, a vítima encontrava-se embriagada e foi morta quando dormia, o que impossibilitou-lhe a defesa" (fls. ...). - Diante destes fatos e do resultado do Júri a MMª Juíza Presidente prolatou a seguinte decisão: "Em face da deliberação soberana do Conselho de Sentença, condena-se o réu Mauro I. S., como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incs. I e IV, do Código Penal, passando a dosar-lhe a pena. Sob a diretriz do art. 59 do Código Penal, registra-se que o réu é primário e sem notícia de maus antecedentes. Assim, fixa-se a pena-base no mínimo, em 12 (doze) anos de reclusão. Como foram reconhecidas duas qualificadoras, a segunda funciona como agravante ao crime e sendo ela de relevância, dadas as condições em que registrou-se a surpresa, aumenta-se a pena em 6 (seis) meses, passando-a em definitiva em 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão ante a ausência de outras alterações" (fls. ...). - Dentro de uma concepção técnico-jurídica mais apurada, o "decisum" em comento, não obstante justo, mostra-se "data venia", formalmente equivocado, porque, incidindo duas qualificadoras, integrante do tipo homicídio qualificado, como resulta do REsp n. 98.129/RN - Relator o Min. VICENTE LEAL - não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, embora literalmente coincidente com uma das hipóteses previstas no art. 61 do Código Penal. - Adequado, a propósito, o magistério de DAMÁSIO E. DE JESUS: "Previstas no mesmo tipo penal, aplica-se uma só, servindo a outra de circunstância judicial de agravação da pena. Havendo duas circunstâncias, a segunda qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial de exasperação da pena, nos termos do art. 59, "caput", do Código Penal, ingressando na expressão "circunstâncias" empregada no texto". - Em função deste entendimento, sobreleva notar desarrazoada substancialmente a r. sentença, fixando a pena-base no mínimo legal (12 anos), sem levar na devida linha de conta a circunstância judicial de exasperação, nos termos do art. 59 do Código Penal. A observação, no entanto, é apenas de cunho doutrinário, ou "de lege ferenda", dada a ausência de recurso do MP sobre o tópico. - O que não pode, entretanto, é prevalecer o acréscimo de 6 (seis) meses, a título de agravante, como destacado pela r. sentença, porquanto, de acordo com o "caput" do art. 61 do Código Penal, como lembra DAMÁSIO, ancorado em sólida corrente jurisprudencial, "a incidência da qualificadora exclui a aplicação da agravante genérica" - "Código Penal Anotado", Saraiva, 1993, p. 186. - Em face do exposto, dou provimento ao recurso, excluindo da pena o acréscimo de 6 (seis) meses. Ac. de 19-03-1998 DJ de

EMENTA

No caso de incidência de duas qualificadoras, integrantes do tipo homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no art. 61 do Código Penal. A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o "caput" do art. 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante genérica, quando diz: "são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime". - Recurso de "Habeas Corpus" provido para excluir o acréscimo de pena resultante da aplicação da qualificadora (surpresa) como agravante.